



Markkinaosuuden merkitys markkinavoiman mittaamisessa Suomen päivittäistavarakauppaa koskevan erityissäännöksen näkökulmasta

Saara Virtanen

Pro gradu – tutkielma

Lapin Yliopisto

Oikeustieteiden tiedekunta

Kilpailuoikeus

Ohjaaja: Professori Soili Nysten-Haarala

Lokakuu 2014

Lapin yliopisto, oikeustieteiden tiedekunta

Työn nimi: Markkinaosuuden merkitys markkinavoiman mittaamisessa Suomen päivittäistavara-
kauppaa koskevan erityissäännöksen näkökulmasta

Tekijä: Saara Virtanen

Opetuskokonaisuus ja oppiaine: Oikeustiede, Kilpailuoikeus

Työn laji: Tutkielma ☒ Laudaturtyö__ Lisensiaatintyö__ Kirjallinen työ__

Sivumäärä: I-XV + 69s.

Vuosi: Syksy 2014

Tiivistelmä:

Tutkimuksen aiheena on markkinaosuuden merkitys markkinavoiman mittaamisessa ja määräävän markkina-aseman arvioinnissa. 1.1.2014 Suomessa tuli voimaan kilpailulain muutos, jolla pyrittiin puuttumaan päivittäistavara kaupassa esiin tulleisiin kilpailuongelmiin. Uusi säännös asetti kaikki yli 30 prosentin markkinaosuuden omaavat päivittäistavara kaupan toimijat itsenäiseen määräävään markkina-asemaan.

Tutkimuksen tavoitteena on selvittää, mikä merkitys markkinaosuudelle on annettu oikeustieteessä määräävän markkina-aseman ja taloustieteessä markkinavoiman arvioinnissa. Lisäksi tutkitaan sitä, mikä suhde vakiintuneella markkinavoiman arvioinnilla on uuteen päivittäistavara kaupaa koskevaan säännökseen. Tutkimus on luonteeltaan poikkitieteellinen, siinä yhdistyvät lainopillinen ja oikeustaloustieteellinen tutkimusmenetelmä. Pääasiallinen tutkimusaineisto koostuu oikeuskirjallisuudesta, oikeuskäytännöstä ja taloustieteen ekonometrisistä malleista.

Kilpailuoikeudessa määräävää markkina-asemaa ei lähtökohtaisesti perusteta pelkästään markkinaosuuteen, varsinkaan silloin kun markkinaosuus on alle 50 prosenttia. Markkinaosuutta ei voida nykyisen oikeuskäytännön, eikä taloustieteen perusteella pitää suoraan markkinavoimaa määrittävänä tekijänä. Taloustieteessä markkinavoiman mittaamisessa painotetaan erityisesti kysyntäjouston ja rajakustannusten merkitystä. Markkinaosuuden lisäksi arvioinnissa merkitystä annetaan alalle pääsyn esteille ja tasapainottava markkinavoimalle. Markkinaosuusrajojen käyttö ja markkinaosuuden merkityksen painottaminen määräävän aseman arvioinnissa on ollut eurooppalaisessa kilpailuoikeudessa selvästi vähenemään päin. Nykyisin pelkkää markkinaosuutta määräävän aseman edellytyksenä ei pidetä riittävänä näyttönä merkittävästä markkinavoimasta juuri missään EU-jäsenvaltiossa.

Markkinaosuus ja markkinavoima eivät ole suorassa yhteydessä toisiinsa ja siksi markkinavoiman arviointi markkinaosuuden perusteella voi johtaa virheelliseen lopputulokseen. Päivittäistavara kaupan kilpailuongelmat liittyvät pitkälti ostajavoimaan, eikä määräävän aseman sääntelyllä voida suoraan puuttua keskittyneen markkinarakenteen ongelmaan. Määräävän aseman arvioinnin tulisi perustua tosiasialliseen markkinoiden hallintaan, eikä keinotekoiseen markkinaosuusrajaan, joka ei kerro mitään markkinoiden tosiasiallisesta kilpailutilanteesta.

Avainsanat: Määräävä markkina-asema, markkinavoima, päivittäistavara kauppa, markkinaosuus

Suostun tutkielman luovuttamiseen Rovaniemen hovioikeuden käyttöön X

Suostun tutkielman luovuttamiseen kirjastossa käytettäväksi X

Suostun tutkielman luovuttamiseen Lapin maakuntakirjastossa käytettäväksi __

(vain Lappia koskevat)

Lähteet	V
1 JOHDANTO.....	1
1.1 Lähtökohtia	1
1.2 Tutkimuksen kohde.....	3
1.3 Tutkimuksen rakenne ja metodi.....	4
2 MÄÄRÄÄVÄN MARKKINA-ASEMAN SÄÄNTELYN LÄHTÖKOHDAT	6
2.1 Kilpailuoikeuden tavoitteet.....	6
2.2 Kilpailun taloustieteelliset lähtökohdat	7
2.2.1 Kilpailuoikeuden ja taloustieteen välinen suhde.....	7
2.2.2 Markkinavoima	8
2.2.3 Markkinavoiman aiheuttamat hyvinvointitappiot	9
2.3 Määräävä asema.....	12
2.3.1 Määritelmä	12
2.3.2 Määräävän aseman arviointi kilpailuoikeudessa.....	14
2.4 Väärinkäyttö.....	17
3 MÄÄRÄÄVÄ ASEMA PÄIVITTÄISTAVARAKAUPASSA.....	20
3.1 Lainsäädäntö	20
3.1.1 Uusi säännös.....	20
3.1.2 Miksi päivittäistavarakauppaa koskeva erityissäännös säädettiin?	21
3.2 Päivittäistavarakaupan kilpailuoikeudelliset ongelmat.....	22
3.2.1 Keskittynyt markkinarakenne	22
3.2.2 Väärinkäytön muodot päivittäistavarakaupassa	24
3.2.3 Ostajavoima.....	27
3.2.4 Ostajavoimaan suhtautuminen kilpailuoikeudessa	29
3.3 Miten päivittäistavarakaupan ongelmiin on puututtu muissa jäsenmaissa	31
3.3.1 Taloudellinen riippuvuus.....	31
3.3.2 Latvian vähittäiskauppaa koskeva sääntely.....	33
4 MARKKINAVOIMAN EPÄSUORA MITTAAMINEN	36
4.1 Relevantit markkinat.....	36
4.1.1 Merkitys määräävän aseman arvioinnissa.....	36
4.1.2 Relevantit markkinat päivittäistavarakaupassa	38

4.2 Markkinaosuus tärkeimpänä määräävää asemaa osoittavana tekijänä	40
4.2.1 Korkeat markkinaosuudet ja presumptio määräävästä asemasta	40
4.2.2 Voiko 30 prosentin markkinaosuudella olla määräävässä asemassa?	43
4.2.3 Kilpailijoiden koko.....	45
4.2.4 Ajallinen ulottuvuus	46
4.2.5 Määräävä asema samanaikaisesti useammalla yrityksellä	48
4.3 Markkinaosuusrajat.....	49
4.4 Alalle pääsyn esteet	52
4.4.1 Merkitys määräävän aseman arvioinnissa.....	52
4.4.2 Alalle pääsyn esteet päivittäistavarakaupassa	54
4.5 Riippuvuuden merkitys	55
5 MARKKINAVOIMAN SUORA MITTAAMINEN	58
5.1 Taloustiede lähtökohtana	58
5.2 Lernerin indeksi	58
5.3 Kysyntäjousto	59
5.4 Markkinaosuuden merkitys.....	61
5.6 Keskittymisindeksit	62
6 JOHTOPÄÄTÖKSET	65

Lähteet

Oikeuskirjallisuus

Ahonen – Karttunen – Vuorio 2013

Ahonen, Ari – Karttunen, Teemu – Vuorio, Liisa: Kaupan sijainnin sääntely, alalle pääsyn ja kilpailunedistämisen näkökulma. Kilpailu- ja kuluttajavirasto. Helsinki 2013.

Arezzo 2008

Arezzo, Emanuela: Is there a Role for Market Definition and Dominance in an effects-based Approach? Teoksessa: Mackenrodt, Mark-Oliver – Conde Gallego, Beatriz – Enchelmaier, Stefan: Abuse of Dominant Position: New Interpretation, New Enforcement Mechanisms? MPI Studies on Intellectual Property, Competition and Tax Law. Volume 5. Springer. Berlin Heidelberg 2008.ss.21-54.

Bellamy – Child 2008

Bellamy, Christopher – Child, Graham D.: European Community Law of Competition. Sixth Edition. Oxford University Press. Oxford 2008.

Bishop – Walker 2010

Bishop, Simon – Walker Mike: The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement. Kolmas painos. Sweet & Maxwell, Lontoo 2010.

Björkroth – Frosterus – Kajova – Palo 2012

Björkroth, Tom – Frosterus, Heli – Kajova, Milla – Palo, Eija: Kilpailuviraston päivittäistavarakauppaa koskeva selvitys, kuinka kaupan ostajavoima vaikuttaa kaupan ja teollisuuden välisiin suhteisiin? Kilpailuviraston selvityksiä 1/2012. Multiprint 2012.

Björkroth et al 2008

Björkroth, Tom – Boëlius, Jaana – Ihamäki, Antti – Oravainen, Henrikki – Pääkkönen, Jussi – Pöyry, Lasse – Tiainen, Timo – Virtanen, Martti – Virtanen, Valtteri: Kilpailukatsaus. Kilpailuviraston selvityksiä 2/2008.

Daskalova 2012

Daskalova, Victoria: Private labels (Own Brands) in the Grocery Sector: Competition Concerns and Treatment in EU Competition Law. TILEC Discussion Paper. January 9 2012. Saatavilla osoitteessa <http://ssrn.com/abstract=1981958> (3.5.2014).

Dobson 2003

Dobson, Paul W.: Buyer Power in Food Retailing: The European Experience. Conference on Changing Dimensions of the Food Economy: Exploring the Policy Issues 6-7 February 2003, The Hague, Netherlands. Saatavilla osoitteessa

http://www.tcd.ie/Economics/staff/amtthews/FoodCourse/CourseMaterials/Readings/Dobson_retailng.pdf (26.4.2014).

Faull – Nikpay 2007

Faull, Jonathan – Nikpay, Ali: The EC Law of Competition. Second Edition. Oxford University Press. Oxford 2007.

Fox 2007

Fox, Eleanor M.: The Market Power Element of Abuse of Dominance Parallels and Differences in Attitudes US and EU. Teoksessa: Ehlermann, Claus-Dieter – Marquis, Mel: European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC. Hart Publishing. Oxford 2007.

Geradin – Layne-Farrar – Petit 2012

Geradin, Damien – Layne-Farrar, Anne – Petit, Nicolas: EU Competition Law and Economics. Oxford University Press. Oxford 2012.

Gerber 2008

Gerber, David J.: Two Forms of Modernization in European Competition Law. Fordham International Law Journal, 1235, May 2008. Saatavilla osoitteessa: <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2116&context=ilj> (13.8.2014)

Gormsen 2010

Gormsen, Liza Lovdahl: A Principled Approach to Abuse of Dominance in European Competition Law. Cambridge University Press. Cambridge 2010.

Goyder – Albors-Llorens 2009

Goyder, D.G – Goyder, Joanna – Albors-Llorens, Albertina: Goyder's EC Competition Law. Fifth Edition. Oxford University Press. New York 2009.

Hirsch – Montag – Säcker 2008

Hirsch, Gunther – Montag, Frank – Säcker, Jurgen: Competition Law: European Community Practice and Procedure. Sweet & Maxwell. London 2008.

Jones – Sufrin 2011

Jones, Alison – Sufrin, Brenda: EU Competition Law, Text, Cases, and Materials. Fourth Edition. Oxford University Press. Oxford 2011.

Kaplow 2011

Kaplow, Louis: Market Share Thresholds: On the Conflation of Empirical Assessments and Legal Policy Judgments. Harvard John M. Olin Center for Law, Economics and Business. Discussion Paper No. 692. Harvard Law School. Cambridge 2011.

Këllezi 2008

Këllezi, Pranvera: Abuse Below the Threshold of Dominance? Market Power, Market Dominance, and Abuse of Economic Dependence. Teoksessa: Mackenrodt, Mark-Oliver – Conde Gallego, Beatriz – Enchelmaier, Stefan:

Abuse of Dominant Position: New Interpretation, New Enforcement Mechanisms? MPI Studies on Intellectual Property, Competition and Tax Law. Volume 5. Springer. Berlin Heidelberg 2008. ss.55-88.

Kokkokris 2010

Kokkokris, Ioannis: Is There a Gap in the Enforcement of Article 102? Teoksessa: Competition Law and the Enforcement of Art. 102. Edited by Federico Etro and Ioannis Kokkoris. Chapter 9. Oxford University Press. Oxford 2010.

Kuoppamäki 2003

Kuoppamäki, Petri: Markkinavoiman sääntely EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen Julkaisuja A-sarja N:o 239. Gummerus Kirjapaino Oy. Jyväskylä 2003.

Kuoppamäki 2008

Kuoppamäki, Petri: Kilpailun taloustieteen soveltaminen kilpailuoikeudessa. Lakimies 2008/7-8, s.1077.

Kuoppamäki 2012

Kuoppamäki, Petri: Uusi Kilpailuoikeus. 2.painos. Sanoma Pro Oy. Helsinki 2012.

Leivo – Leivo – Huimala – Huimala 2012

Leivo, Kirsi – Leivo, Timo – Huimala, Hannele – Huimala, Mikko: EU:n ja Suomen kilpailuoikeus. 2. uudistettu painos. Talentum. Helsinki 2012.

Lerner 1934

Lerner, Abba: The Concept of Monopoly and the Measurement of Monopoly Power. The Review of Economic Studies 1 (3): 157–1. 1934.

McDowell – Thom – Frank – Bernanke 2009

McDowell, Moore - Thom, Rodney - Frank, Robert - Bernanke, Ben: Principles of Economics. Second European Edition. McGraw-Hill Education, Berkshire 2009.

Mononen 1995

Mononen, Marko: Määräävän markkina-aseman väärinkäytön arviointi. Helsingin yliopiston Kansainvälisen talousoikeuden instituutin julkaisuja 17. Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 1995.

Motta 2004

Motta, Massimo: Competition Policy, Theory and Practise. Cambridge University Press. New York 2004.

O'Donoghue – Padilla 2006

O'Donoghue, Robert – Padilla, A Jorge: The Law and Economics of Article 82 EC. Hart Publishing. Oxford and Portland, Oregon 2006.

Ojala 2011

Ojala, Marjo: EU-kilpailuoikeus. 2. uudistettu painos. Edita Publishing Oy. Porvoo 2011.

Pera – Bonfitto 2011

Pera, Alberto – Bonfitto, Valentina: Buyer Power in Anti-trust Investigations: A Review. European Competition Law Review, Issue 8. Thomson Reuters (Professional) Limited and Contributors 2011.

Posner – Landes 1980

Posner, Richard A – Landes, William M.: Market Power in Antitrust Cases. Harvard Law Review 937, 1980. ss. 937 - 995.

Pozdnakova 2009

Pozdnakova, Alla: Buyer Power in the Retail Trading Sector: Evolving Latvian Regulation. European Competition Law Review, Issue 8. Thomson Reuters (Legal) Limited and Contributors 2009.

Van Den Bergh – Camesasca 2006

Van Den Bergh, Roger J. - Camesasca, Peter D.: European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective. Sweet & Maxwell. Lontoo 2006.

Virtanen 2001

Virtanen, Pertti: Määrävän markkina-aseman kontrollointi, Oikeus- ja taloustieteellinen vertaileva tutkimus Saksan, Suomen ja EU:n kilpailuoikeudesta. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen Julkaisuja A-sarja N:o 228. Gummerus Kirjapaino Oy. Jyväskylä 2001.

Waelbroeck 2010

Waelbroeck, Dennis: The assessment of efficiencies under Article 102 and the Commission's Guidance Paper. Teoksessa: Competition Law and the Enforcement of Art. 102. Edited by Federico Etro and Ioannis Kokkoris. Chapter 7. Oxford University Press. Oxford 2010.

Whish – Bailey 2012

Whish, Richard – Bailey, David: Competition Law. Seventh Edition. Oxford University Press. Oxford 2012.

Verkkolähteet*Antitrust Encyclopedia*

Has a market share threshold been defined in legislation or case law, which determines whether an undertaking is dominant?. Saatavilla osoitteessa: <http://www.concurrences.com/Droit-de-la-concurrence/Antitrust-Encyclopedia/?questions=578> (14.8.2014).

Babić 2010

Babić, Boris: SIEC vs. Dominance Test: Croatian and EU Perspective. 2nd Conference on Merger Control: Recent trends in EU and Croatian Competition

Law. University of Zagreb, Faculty of Economics and Business. Zagreb 14 December 2010. Saatavissa osoitteessa: <http://web.efzg.hr/dok/PRA/jpecotic/Boris%20Babic%20-%20SIEC%20vs.%20Dominance.pdf> (1.9.2014).

Competition Commission 2008

Competition commission: the supply of groceries in the UK market investigation. Final Report. 30 April 2008. Saatavilla osoitteessa <http://www.competition-commission.org.uk/our-work/directory-of-all-inquiries/groceries-market-investigation-and-remittal/final-report-and-appendices-glossary-inquiry> (11.5.2014).

Competition Council 2014

The Competition Council Fines Retail Chain for Abuse of its Market Power. Saatavilla osoitteessa: <http://www.kp.gov.lv/en/aktualitates-pagaidam-lv/124-the-competition-council-fines-retail-chain-for-abuse-of-its-market-power> (26.4.2014)

EK 2012

Lausunto kilpailulain muutoksesta päivittäistavarakaupan osalta. Saatavilla osoitteessa: <http://ek.fi/ajankohtaista/2012/10/10/lausunto-kilpailulain-muutoksesta-paivittaistavarakaupan-osalta-ek-2012-330/> (14.8.2014).

GCLC 2005

GCLC Research Papers on Article 82 EC. Saatavilla osoitteessa http://professorgeradin.blogs.com/professor_geradins_weblog/files/gclc_research_papers_on_article_82_ec.pdf (26.4.2014).

Gianni, Origoni, Grippo & Partners 2010

Gianni, Origoni, Grippo & Partners: Assessment of buyer power in recent market investigations and mergers. Saatavilla osoitteessa: http://www.gop.it/doc_pubblicazioni/40_hjv4kr3vun_ita.pdf (14.8.2014).

Hassi – Cronberg 2012

Hassi, Satu – Cronberg, Tarja: Päivittäistavarakaupan keskittyminen, kirjallinen kysymys komissiolle 20.3.2012. Saatavilla osoitteessa: <http://www.satuhassi.net/2012/p%C3%A4ivitt%C3%A4istavarakaupan-keskittyminen/#vastaus> (14.8.2014).

ICN 2008

ICN Special Program for Kyoto Annual Conference. Report on Abuse of Superior Bargaining Position. Saatavilla osoitteessa <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc386.pdf> (4.5.2014).

ICN 2009

ICN Unilateral Conduct Working Group: Recommended Practices for Dominance/Substantial Market Power Analysis. Saatavilla osoitteessa <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc317.pdf> (26.4.2014).

KKV 2014

Tiedote: Päivittäistavara kauppaa koskeva kilpailulain säännös voimaan 1. tammikuuta. Saatavilla osoitteessa <http://www.kkv.fi/Page/d45bee63-a3a7-49a1-b8c8-5d6fa02a6dba.aspx?groupId=e35ca01d-d66d-4fd5-9217-29ae033c9ddf&announcementId=78085092-8390-4b19-a000-f0c01373fea5> (3.5.2014).

KKV: Määrävän markkina-aseman väärinkäyttö.

Saatavilla osoitteessa <http://www.kilpailuvirasto.fi/cgi-bin/suomi.cgi?sivu=maaraava-markkina-asema> (11.5.2014).

Kuoppamäki 2013

Kuoppamäki, Petri: Kilpailuoikeus ja regulaatio, markkinaoikeuden luennot 2013, Helsingin yliopisto. Saatavilla osoitteessa <http://www.helsinki.fi/oikeustiede/oppiaineet/kauppaoikeus/materiaali/Markkinaoikeus%202013.pdf> (11.5.2014).

Latvian Competition Law Newsflash 2014.

Saatavilla osoitteessa: <http://www.sorainen.com/UserFiles/File/Publications/newsflash.competition-latvia.2014-01-22.eng.ievaaz-ringlav.html> (13.8.2014).

Nielsen 2014

Nielsenin myymälärekisteri. Saatavilla osoitteessa: <http://fi.nielsen.com/news/documents/Nielsen28maalis2014.pdf> (13.8.2014).

Turun Sanomat 27.12.2012: Kaupan omat merkit jyräävät.

Saatavilla osoitteessa <http://www.ts.fi/teemat/kuluttaja/382983/Kaupan+omat+merkit+jyraavat> (3.5.2014).

Vatiero 2005

Vatiero, Massimiliano: Power in the Market: On the Dominant Position. Saatavilla osoitteessa: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/005.pdf> (26.8.2014).

EU:n toimielinten tiedonannot, lausunnot ja muut julkaisut*DGCOMP 2005*

DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Brussels, December 2005. <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf> (26.4.2014).

EAGCP 2005

Report by the EAGCP: An economic approach to Article 82” Saatavilla osoitteessa http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp_july_21_05.pdf (11.5.2014)

EC 2010

EU competition Law: Rules Applicable to Merger Control. Saatavilla osoitteessa: http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/merger_compilation.pdf (28.8.2014).

ECN 2011

ECN Brief 05/2011, State of Play following Introduction of Specific Provision on Retail Trade in Competition Law Saatavilla osoitteessa http://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/05_2011/lv_food.pdf (26.4.2014).

ECN 2012

ECN Activities in the Food Sector, Report on competition law enforcement and market monitoring activities by European competition authorities in the food sector. May 2012. Saatavilla osoitteessa http://ec.europa.eu/competition/ecn/food_report_en.pdf (3.5.2014).

KOM 1997

Komission tiedonanto merkityksellisten markkinoiden määritelmästä yhteisön kilpailuoikeuden kannalta, EUVL nro C 372 , 09/12/1997 s. 5 - 13.

KOM 2008

Roundtable on Monopsony and Buyer Power. Note by the European Commission. DAF/COMP/WD(2008)80. Saatavilla osoitteessa http://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/2008_oct_buyer_power.pdf (4.5.2014).

KOM 2009a

Komission tiedonanto — Ohjeita komission ensisijaisista täytäntöönpanotavoitteista sovellettaessa EY:n perustamissopimuksen 82 artiklaa yritysten määräävän aseman väärinkäyttöön perustuvaan markkinoiden sulkemiseen, EUVL nro C 045 , 24/02/2009 s. 7 - 20.

KOM 2009b

Commission Staff Working Document: Competition in the food supply chain. Saatavilla osoitteessa http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/publication16065_en.pdf (26.4.2014).

KOM 2013

Vihreä kirja hyvän kauppataivan vastaisista käytännöistä yritysten välisessä elintarvike- ja non-food-toimitusketjussa /* COM/2013/037 final - 2012/ () */ Saatavilla osoitteessa <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0037:FIN:FI:HTML> (11.5.2014).

KOM 2014

Lehdistötiedote: Euroopan komissio puuttuu hyvän kauppataivan vastaisiin käytäntöihin elintarvikeketjussa. 15.7.2014. Saatavilla osoitteessa: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-831_fi.htm (15.9.2014).

Kroes 2005

Kroes, Neelie: Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82. Speech at the Fordham Corporate Law Institute New York, 23rd September 2005. European Commission - SPEECH/05/537 23/09/2005. Saatavilla osoitteessa: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-05-537_en.htm?locale=en (26.4.2014).

Säädökset

Kilpailulaki (948/2011)

Virallislähteet

HE 11/2004 Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi kilpailunrajoituksista annetun lain ja eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta

HE 197/2012 Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi kilpailulain muuttamisesta

HE 88/2010 Hallituksen esitys Eduskunnalle kilpailulaiksi

EU-säädökset

Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen konsolidoitu toisinto (2010/ C 83/01), EUVL C 326, 26/10/2012. (*SEUT*)

Komission asetus (EU) N:o 330/2010, annettu 20 päivänä huhtikuuta 2010, Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 artiklan 3 kohdan soveltamisesta tiettyihin vertikaalisten sopimusten ja yhdenmukaistettujen menettelytapojen ryhmiin, EUVL nro L 102/1, 23/4/2010 s. 1 - 8. (*Ryhmäpoikkeusasetus*)

Neuvoston asetus (EY) N:o 1/2003, annettu 16 päivänä joulukuuta 2002, perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklassa vahvistettujen kilpailusääntöjen täytäntöönpanosta, EUVL nro L 001, 04/01/2003 s. 1 - 25. (*Kilpailusääntöjen toimeenpanosta annettu perusasetus*)

Neuvoston asetus (EY) N:o 139/2004, annettu 20 päivänä tammikuuta 2004, yrityskeskittymien valvonnasta EUVL nro L 024 , 29/01/2004 s. 1 - 22. (*EY:n sulautuma-asetus*)

Oikeustapaukset

26/76 Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG vastaan Euroopan yhteisöjen komissio, oikeustapauskokoelma 1977, s. 1875. (*Metro*)

322/81 NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin vastaan Euroopan yhteisöjen komissio, oikeustapauskokoelma 1983, s. 3461. (*Michelin*)

85/76 Hoffmann-La Roche & Co. AG vastaan Euroopan yhteisöjen komissio, oikeustapauskokoelma 1979, s. 461. (*Hoffmann-La Roche*)

93/252/EEC Commission Decision of 10 November 1992 relating to a proceeding pursuant to Articles 85 and 86 of the EEC Treaty (Cases No IV/33.440 Warner- Lambert/Gillette and Others and No IV/33.486 BIC/Gillette and Others) oikeustapauskokoelma 1993, s. 21–32. (*Warner-Lambert/Gillette*)

C-250/92 Gøttrup-Klim ym. Grovvareforeninger vastaan Dansk Landbrugs Grovvarerelskab AmbA, oikeustapauskokoelma 1994, s. I-05641. (*Gøttrup-Klim*)

C-497/99 P Irish Sugar plc vastaan Euroopan yhteisöjen komissio, *Oikeustapauskokoelma 2001*, s. I-05333. (*Irish Sugar*)

C-62/86 AKZO Chemie BV vastaan Euroopan yhteisöjen komissio, oikeustapauskokoelma 1991, s. I-3359. (*Akzo*)

T-219/99 British Airways plc vastaan Euroopan yhteisöjen komissio, Oikeustapauskokoelma 2003, s. II-05917. (*British Airways*)

T-24/93 Compagnie maritime belge transports SA ja Compagnie maritime belge SA, Dafralines A/S, Deutsche Afrika-Linien GmbH & Co. ja Nedlloyd Lijnen BV vastaan Euroopan yhteisöjen komissio, Oikeustapauskokoelma 1996, s. II-01201. (*Maritime Belge*)

T-30/89 Hilti AG vastaan Euroopan yhteisöjen komissio, oikeustapauskokoelma 1991, s. II-1439. (*Hilti*)

Yhdistetyt asiat T-125/97 ja T-127/97. The Coca-Cola Company ja Coca-Cola Enterprises Inc. vastaan Euroopan yhteisöjen komissio, oikeustapauskokoelma 2000, s. II-01733. (*Coca-Cola Company*)

Yhdistetyt asiat T-191/98 JA T-212/98—T-214/98. Atlantic Container Line AB ja muut vastaan Euroopan yhteisöjen komissio. European Court Reports 2003, s. II-03275. (TACA)

Muut

Edilex Koulutus 2014 Kilpailuoikeus ja päivittäistavarakauppa - sääntely ja valvonta kilpailulain muutosten valossa. 8.4.2014 klo. 09:00 - 12:30 Eteläranta 16, Helsinki. Puhujina: johtaja Kirsi Leivo (KKV) lakimies Sanna-Maria Bertell (Procter & Gamble) Lakiasiainjohtaja Riku Korpela (Suomen lähikauppa Oy) asianajaja Niko Hukkinen (Roschier) sekä Senior Associate Ami Paanajärvi (Roschier). Ohjelma saatavissa: <http://edilexpro.fi/kilpailuoikeus-ja-paivittaistavarakauppa>.

Lyhenteet

DGCOMP	Directorate-General for Competition
EAGCP	Economic Advisory Group on Competition Policy
EC	Euroopan komissio
ECN	European Competition Network
EK	Elinkeinoelämän keskusliitto
EN	Euroopan neuvosto
EU	Euroopan unioni
EUT	Euroopan unionin tuomioistuin
EUVL	Euroopan Unionin virallinen lehti
GCLC	Global Competition Law Centre
HHI -indeksi	Herfindahl–Hirschman -indeksi
ICN	International Competition Network
KKV	Kilpailu- ja kuluttajavirasto
KOM	Euroopan komissio
ks.	Katso
MC	Rajakustannus (Marginal Cost)
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development
s.	Sivu, sivulla
SEUT	Sopimus Euroopan unionin toiminnasta
ss.	Sivut, sivuilla

1 JOHDANTO

1.1 Lähtökohtia

Viime vuosien aikana kiinnostus elintarvikealan toimivuuteen on kasvanut niin Euroopan Unionissa kuin yksittäisissä jäsenmaissakin. Päivittäistavarakauppa on viimeisen 20 vuoden aikana Euroopassa keskittynyt ja keskittymisaste on monissa EU-maissa hyvin korkea.¹ Keskittymiskehitys on herättänyt keskustelua sen negatiivisista vaikutuksista elintarvikeketjun toimintaan ja kuluttajien valinnanmahdollisuuksiin.² Erityisesti päivittäistavarakaupan ostajavoiman aiheuttamat kilpailuongelmat ovat viime aikoina alkaneet kiinnostaa eri maiden kilpailuviranomaisia. Ostajavoiman käyttö suhteessa tavarantoimittajiin ja ruoan hinnan nousu ovat yhdistetty päivittäistavarakaupan vahvaan asemaan hankintamarkkinoilla ja vähittäiskaupassa.³

Päivittäistavarakauppa toimii kuluttajille ruoan hankintaketjun näkyvimpänä osana. Päivittäistavarakaupan rakenteella ja kehityksellä on suora vaikutus kuluttajiin hintojen, valinnanmahdollisuuksien ja tuotteiden laadun muodossa. Mitä edullisemmat hinnat ovat, sitä laajempi valikoima kuluttajille on tarjolla ja sitä paremmin markkinoiden voidaan katsoa toimivan. Viimeisten parin vuosikymmenen aikana päivittäistavarakaupan markkinat ovat muuttuneet radikaalisti. Suuret kauppaketjut ovat kasvattaneet markkinaosuuttaan ja pienet toimijat ovat poistuneet markkinoilta.⁴ Suomessa päivittäistavarakaupan markkinoita hallitsee nykyisin kaksi suurta toimijaa, K- ja S-ryhmä, yhteensä lähes 80 prosentin markkinaosuudella. Keskittyminen on osaltaan johtanut tehokkaampaan toimintaan, mutta liiallisella keskittymisellä voi olla myös haitallisia vaikutuksia markkinoiden toimivuuteen ja kuluttajien hyvinvointiin.⁵

Markkinoiden keskittyminen ja kauppaketjujen kasvaneet markkinaosuudet ovat johtaneet päivittäistavarakaupan ostajavoiman vahvistumiseen. Päivittäistavarakaupat toimivat tavarantoimittajille porttina kuluttajamarkkinoille. Mikäli markkinat ovat keskittyneet vain muutamalle suurelle toimijalle, tavarantoimittajan tuotteen mahdollisuudet päästä kuluttajien saataville kapenevat. Tällöin päivittäistavarakaupat voivat ostajavoi-

¹ KOM 2009b ss.8-9.

² HE 197/2012 s.3.

³ KOM 2009b ss.9-14.

⁴ Dobson 2003 s.1.

⁵ KOM 2008 s.3 ja s.11.

maansa hyödyntämällä muun muassa edellyttää tavarantoimittajilta perusteettomia lisämaksuja ja muita kohtuuttomia sopimusehtoja.⁶

Päivittäistavarakaupan mahdollinen kilpailunvastainen toiminta on yleensä yksipuolista, jolloin muilla kilpailusäännöillä kuin määräävän aseman väärinkäytön kiellolla toimintaan ei lähtökohtaisesti voida puuttua. Usein ostajavoimaan liittyvät haitalliset menettelyt jäävät kilpailuoikeudellisen väärinkäyttövalvonnan ulkopuolelle siitä syystä, ettei päivittäistavarakaupan toimijan markkinavoiman aste ole riittävä määräävän aseman toteamiseen. Monissa EU-maissa onkin otettu käyttöön erityistä sääntelyä, jolla pyritään nimenomaan puuttumaan kaupan vahvaan neuvotteluasemaan hankintamarkkinoilla.⁷

Määräävän markkina-aseman sääntely on yksi kilpailuoikeuden intressiryhmistä. Kilpailuoikeudellisen ongelman syntyminen liittyy aina jollain tasolla markkinavoimaan. Markkinavoiman käsite on olennainen niin oikeustieteessä kuin taloustieteessäkin. Huomattavan markkinavoiman ja määräävän markkina-aseman käsitteet ovat sisällöltään hyvin lähellä toisiaan. Taloustieteessä markkinavoimaa on pyritty mittaamaan erilaisin ekonometrisin menetelmin kun taas oikeustieteessä markkinavoimaa mitataan tapauskohtaisesti arvioimalla markkinoiden rakennetta. Yritys voi huomattavaa markkinavoimaansa käyttämällä vääristää kilpailua tavalla, joka haittaa markkinoiden optimaalista toimintaa. Määräävää markkina-asemaa koskevat oikeussäännöt ja niiden soveltamiskäytäntö ovat jokseenkin vakiintuneet EU-kilpailuoikeudessa. Väärinkäyttöä voi olla hyvin monentyyppinen toiminta, mutta säännösten soveltaminen edellyttää aina sitä, että väärinkäyttöön syylistynyt yritys on tosiasiallisesti määräävässä asemassa markkinoilla. Arvioinnissa selvitetään ensin yrityksen mahdollinen määräävä asema ja sen jälkeen tutkitaan väärinkäyttöä.⁸

Suomessa päivittäistavarakaupan kaikkiin kilpailuongelmiin ei katsottu voitavan puuttua nykyisen kilpailulain keinovalikoimalla. Määräävän aseman väärinkäytön kieltä ei voitu soveltaa, koska sen edellytykset eivät täyttyneet. Tästä syystä kilpailulakiin lisättiin uusi päivittäistavarakauppaa koskeva 4a §, joka tuli voimaan 1.1.2014. Sen mukaan Suomen päivittäistavarakaupan toimija on määräävässä markkina-asemassa kun sen markkinaosuus ylittää 30 prosenttia päivittäistavarakaupan markkinoista. Uusi säännös on hyvin poikkeuksellinen. Se on rajattu koskemaan vain päivittäistavarakaupan mark-

⁶ Competition Commission 2008 s.12.

⁷ ICN 2008.

⁸ Kuoppamäki 2003 ss.625-636.

kinoita ja se poikkeaa merkittävästi Suomen ja EU:n kilpailuoikeudessa vakiintuneesta tavasta arvioida määräävää asemaa. Myöskään taloustieteessä markkinavoiman astetta ei voida arvioida yksin markkinaosuuden perusteella. Uusi säännös määrittää määräävän aseman ainoastaan suhteellisen alhaisen markkinaosuusrajan mukaan, eikä muille oikeuskäytännössä vakiintuneille arviointiperusteille anneta merkitystä. Tästä syystä onkin aiheellista tutkia uuden säännöksen suhdetta vakiintuneeseen määräävän aseman määrittelmään ja sitä koskevaan oikeuskäytäntöön.

1.2 Tutkimuksen kohde

Tutkielman keskeiset tutkimuskysymykset voidaan tiivistää seuraavasti:

1. Mikä merkitys markkinaosuudelle annetaan markkinavoiman mittaamisessa taloustieteessä ja määräävän aseman arvioinnissa oikeustieteessä?
2. Mikä on uuden säännöksen sisältö, tausta ja suhde oikeuskäytännössä vakiintuneeseen määräävän markkina-aseman arviointimenettelyyn?

Tutkimuksessani käsittelen määräävän markkina-aseman käsitettä Suomen päivittäistavarakaupassa ja sen suhdetta markkinavoiman mittaamiseen ja määräävän aseman arviointiin. Tutkin markkinavoiman mittaamista ja määräävän aseman arviointia lainsäädännön, oikeuskäytännön ja taloustieteen näkökulmasta. Tutkimus on painottunut oikeustaloustieteelliseen analyysiin, jossa tutkitaan oikeustieteen ja taloustieteen välisiä yhteyksiä. Keskeistä on tutkia sitä, mikä on markkinaosuuden ja markkinavoiman välinen suhde ja voidaanko määräävän aseman määrittäminen perustaa yksin markkinaosuuteen. Määräävän aseman ja markkinavoiman välinen yhteys on myös tutkimuksen kannalta merkityksellinen. Tarkoituksena on tarkastella sitä, onko uusi säännös vakiintuneiden kilpailuoikeuden periaatteiden mukainen ja voidaanko sitä soveltaa yhdenmukaisesti muiden kilpailusäännösten kanssa. Taloustieteen näkökulmasta tarkastelen markkinaosuuden asemaa ekonometrisin menetelmin tapahtuvassa markkinavoiman mittaamisessa.

Tutkimuksessani en käsittele yhteisen määräävän aseman käsitettä muutamaa viittausta lukuun ottamatta. Tutkimuksessa ei myöskään käsitellä määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä kuin lyhyesti ja esimerkinomaisesti. Tutkimuksessa keskitytään määräävän aseman käsitteeseen ja sen edellytyksiin. Relevanttien markkinoiden määrittelyn ongelmat ja käytännöt jäävät myös pitkälti tutkimuksen ulkopuolelle.

1.3 Tutkimuksen rakenne ja metodi

Tutkielman rakenne jakaantuu kuuteen lukuun. Luvussa kaksi käsittelen aluksi kilpailuoikeuden tavoitteita, taloustieteellisiä lähtökohtia ja markkinavoiman käsitettä. Tämän jälkeen tarkastelen määräävän markkina-aseman käsitettä, edellytyksiä ja väärinkäyttöä lyhyesti. Luku kolme käsittelee määräävää markkina-asemaa päivittäistavarakaupassa. Luvussa tutkin uutta säännöstä, sen tavoitteita ja taustoja sekä päivittäistavarakaupan kilpailuoikeudellisia ongelmia. Luvussa neljä käsittelen markkinavoiman epäsuoraa mittaamista eli määräävän markkina-aseman arviointia oikeustieteellisestä näkökulmasta. Käsittelen relevanttien markkinoiden määrittelyä, markkinaosuuden merkitystä arvioinnissa ja muita määräävän aseman arvioinnin kannalta merkityksellisiä seikkoja. Jaksoissa pohditaan myös markkinaosuusrajojen käyttöä ja niiden ongelmia.

Markkinavoiman suoraa mittaamista koskevassa luvussa viisi tutkin sitä, miten taloustieteessä on suhtauduttu markkinavoimaan ja millä keinoin markkinavoimaa ja määräävää asemaa voidaan mitata ekonometrisin menetelmin. Luvussa käsittelen tunnetuimmat markkinavoiman suorat mittaamistavat, joissa merkitystä annetaan muun muassa kysyntäjoustolle, rajakustannuksille sekä keskittymisindekseille. Huomiota kiinnitetään erityisesti siihen, mikä merkitys markkinaosuudelle on annettu markkinavoiman suorassa mittaamisessa. Luku kuusi on omistettu johtopäätöksille.

Suomen kilpailulainsäädäntö on harmonisoitu EU:n kilpailulainsäädännön kanssa. Lainsäädäntö on aineellisoikeudelliselta sisällöltään yhdenmukaista ja sitä tulkitaan samalla tavalla.⁹ Tarkoituksenmukaisuuden vuoksi teen tutkimukseni soveltaen lähtökohtaisesti EU:n kilpailuoikeutta, erityisesti SEUT 102 artiklaa ja sitä koskevaa oikeuskäytäntöä. EU:n kilpailuoikeus mahdollistaa sen, että määräävän aseman väärinkäytöstä annetaan SEUT 102 artiklaa tiukempia säännöksiä kansallisella tasolla.¹⁰ Uusi kilpailulain muutos, joka koskee määräävää asemaa Suomen päivittäistavarakaupassa, on ensimmäinen SEUT 102 artiklaa koskeva kansallisesti tiukempi säännös, joka on Suomessa saatettu voimaan. Tätä uutta päivittäistavarakauppaa koskevaa säännöstä käsittelen pitkälti lainvalmisteluasiakirjojen pohjalta.

Tutkimuksen metodi on pääosin oikeustaloustieteellinen, tutkin voimassaolevan oikeuden ja taloustieteen välisiä yhteyksiä. Pyrin vertailemaan taloustieteen ja oikeustieteen suhdetta markkinavoimaan, markkinaosuuteen ja toisiinsa. Taloustieteellinen tutkimus

⁹ KKV: Määräävän markkina-aseman väärinkäyttö ja HE 11/2004 ja HE 88/2010.

¹⁰ Neuvoston asetus (EY) N:o 1/2003 Kilpailusääntöjen voimaannuttamisesta annettu perusasetus.

painottuu erityisesti ekonometristen mallien avulla tapahtuvaan markkinavoiman analyysiin. Koska määräävää markkina-asemaa koskeva arviointi on kehittynyt tapauskohtaisessa oikeuskäytännössä, tutkielman lainopillisessa osassa seurataan pitkälti oikeuskäytännössä tapahtuneita kehityskulkuja ja suuntauksia. Niitä tarkasteltaessa olen pyrkinyt erityisesti tuomaan esiin oikeuskirjallisuudessa esitetyt keskeiset arviot ja näkökulmat. Tutkielmassa on lisäksi pieni määrä oikeusvertailevaa tutkimusta, jossa vertaillen Suomen ja muiden EU-maiden kilpailulainsäädäntöä keskenään. Vertaileva tutkimus keskittyy lähinnä vertailemaan Suomen ja muiden jäsenmaiden välistä suhtautumista ostajavoiman väärinkäyttöön ja riippuvuuteen.

2 MÄÄRÄÄVÄN MARKKINA-ASEMAN SÄÄNTELYN LÄHTÖKOHDAT

2.1 Kilpailuoikeuden tavoitteet

Markkinataloudessa kilpailu on olennainen osa yhteiskunnan rakennetta. Markkinatalouden perusajatus eli hintojen määräytyminen kysynnän ja tarjonnan mukaan edellyttää kilpailua markkinoilla. Kilpailu mahdollistaa resurssien mahdollisimman tehokkaan käytön ja uusien innovaatioiden luomisen ja käyttöönoton. Kilpailun katsotaan luovan hyvinvointia, edistävän talouden tehokkuutta ja johtavan halvempiin hintoihin.¹¹ Kilpailupolitiikan perustana on toimiva kilpailu. Mitä enemmän kilpailua markkinoilla on, sitä paremmin markkinoiden katsotaan toimivan.¹² EU:ssa toimivat sisämarkkinat ja vapaa liikkuvuus edellyttävät yhteistä ja toimivaa kilpailupolitiikkaa. Kilpailuprosessin jatkuvuuden ja esteettömyyden on katsottu olevan yksi kilpailupolitiikan ja -lainsäädännön keskeisimpiä tavoitteita.¹³ Kilpailulainsäädännön yleisenä tarkoituksena on terveen ja toimivan taloudellisen kilpailun turvaaminen ja toimivan kilpailun ylläpitäminen markkinoilla.¹⁴ Kilpailuoikeus pyrkii yleisesti varmistamaan että markkinoilla toimivat yritykset eivät rajoita tai vääristä kilpailua tavalla, joka haittaa markkinoiden optimaalista toimintaa.¹⁵ Tarkoituksena on varmistaa, että markkinat toimivat moitteettomasti kuluttajia hyödyttävällä tavalla ja että tehokasta kilpailua suojellaan kokonaisuutena.¹⁶ Kilpailuoikeuden keskiössä on kuluttaja. Turvaamalla kilpailun toimivuus ja tehokkuus, turvataan myös kuluttajien etu. Toimivat markkinat takaavat kuluttajille edullisia ja laadukkaita hyödykkeitä sekä laajan valikoiman tuotteita.¹⁷

Kuluttajien hyvinvoinnin lisäksi eurooppalaisella kilpailuoikeudella on myös muita tavoitteita, joista voidaan mainita ainakin sisämarkkinoiden integraatio, kilpailun vapaus ja taloudellinen tehokkuus. Toimiva kilpailumekanismi itsessään ylläpitää talouden tehokkuutta. Kilpailuoikeuden tehtävänä on puuttua vain vahingollisiin kilpailunrajoituksiin eli niihin, jotka voivat haitata markkinoiden toimintaedellytyksiä tai elinkeinonharjoittamisen vapautta. Markkinaprosessin toimivuus ja taloudellinen tehokkuus otetaan huomioon kilpailusäännösten tulkinnassa. Kilpailulainsäädännön kannalta elinkeinonharjoittamisen vapauden suojaamisella tarkoitetaan sellaisten olosuhteiden luomista,

¹¹ Björkroth et al 2008 s.10.

¹² Bishop – Walker 2010 s.15.

¹³ Björkroth et al 2008 s.18.

¹⁴ Kilpailulaki 1§, Kuoppamäki 2003 s.58, SEUT johdanto-osa.

¹⁵ Jones – Sufrin 2011 s.1.

¹⁶ KOM 2009a kohdat 5 ja 6, ks. myös Kroes 2005.

¹⁷ Kuoppamäki 2012 s.39.

joissa yrityksillä on tasapuoliset toimintaedellytykset. Kilpailuoikeudella pyritään suojelemaan kilpailua instituutiona. Tarkoituksena sen sijaan ei ole suojella yksittäisiä yrityksiä tai kilpailijoita tehokkaampien yritysten taholta tulevalta kilpailulta.¹⁸

2.2 Kilpailun taloustieteelliset lähtökohdat

2.2.1 Kilpailuoikeuden ja taloustieteen välinen suhde

Kilpailuoikeus on tiiviissä yhteydessä taloustieteeseen. Kilpailuvaikutusten tehokas analysoiminen edellyttää taloustieteellisten mallien ja käsitteiden ymmärtämistä ja hyödyntämistä. Kilpailupolitiikan ja kilpailuoikeuden voidaan katsoa perustuvan taloustieteeseen. Taloustieteen avulla on mahdollista ymmärtää kilpailua ja sen vaikutuksia. Kilpailua ja kilpailulainsäädäntöä on tutkittu taloustieteen keinoin kilpailuoikeuden synnystä lähtien. Kilpailun taloustieteessä tutkitaan erityisesti markkinarakenteen, yritysten markkinakäyttäytymisen ja markkinatulosten välisiä yhteyksiä.¹⁹ Taloustieteen merkitys on korostunut entisestään viime vuosina. EU-kilpailuoikeudessa on alettu soveltaa taloustieteellisempää lähestymistapaa kilpailuvaikutusten arvioinnissa. Merkitystä arvioinnissa annetaan yhä enemmän tietyn toiminnan vaikutuksille ja sille, minkälaiseen lopputulokseen markkinoilla tapahtuva kilpailu johtaa suhteessa kuluttajiin. Toiminnan muოდolle ei sen sijaan anneta merkitystä.²⁰

Taloustieteessä markkinat voidaan karkeasti jakaa neljään erilaiseen markkinarakenteeseen. Markkinarakenteella tarkoitetaan niitä rakenteellisia tekijöitä, jotka vaikuttavat yritysten hinnoitteluun ja niiden kilpailukäyttäytymiseen. Täydellinen kilpailu on teoreettinen optimi, joka tarjoaa lähtökohdan kilpailun toimivuuden ja markkinavoiman arvioinnille. Täydellisen kilpailun tilanteessa yhdelläkään yrityksellä ei ole markkinavoimaa, eli myyjät eivät ostajat voi vaikuttaa hintatasoon. Hinta määräytyy tällöin kysynnän ja tarjonnan mukaan ja markkinoilla on paljon pieniä yrityksiä.²¹ Täydellisessä kilpailussa tuotteen rajakustannus vastaa tuotteen rajatuottoa, tuotteet ovat homogeenisiä, eikä markkinoilla ole alalle pääsyn esteitä. Kilpailu on tehokasta eikä yhdelläkään yrityksellä ole markkinavoimaa. Täydellinen kilpailu on hyvin harvinainen, ellei

¹⁸ Kuoppamäki 2003 s.55-61 ja Arezzo 2008 ss.35-39.

¹⁹ Kuoppamäki 2012 s.6 ja GCLC 2005 s.6.

²⁰ Bishop – Walker 2010 ss.20-21.

²¹ McDowell – Thom – Frank – Bernanke 2009 s.166.

lähes mahdoton markkinatilanne. Todellisuudessa markkinat ovat lähes poikkeuksetta epätäydelliset.²²

Markkinat, joilla yksittäisillä yrityksillä on mahdollisuus vaikuttaa hintoihin, ovat epätäydelliset. Puhtaassa monopolissa markkinoilla on myyjänä ainoastaan yksi yritys. Monopoli on täydellisen kilpailun vastakohta. Usein puhtaat monopolit on säännöstelty lailla, muutoin niitä ei juuri esiinny. Oligopoli sen sijaan on hyvin yleinen markkinarako. Se on täydellisen kilpailun ja monopolin väliin jäävä markkinatilanne, jossa markkinoilla on vain muutamia yrityksiä. Oligopolille on usein ominaista kilpailun vähentyminen ja hintojen nousu.²³ Monopoli ja oligopoli viittaavat aina myyjien määrään tietyillä markkinoilla. Sen sijaan ostajien määrää markkinoilla kuvataan monopsonilla ja oligopsonilla. Jos markkinoilla on ainoastaan yksi ostaja, on kyseessä monopsoni. Samoin jos markkinoilla on vain muutama ostaja, on kyse oligopsonista.²⁴

2.2.2 Markkinavoima

Kilpailuoikeudellisen ongelman syntyminen edellyttää lähtökohtaisesti, että yhdellä tai useammalla yrityksellä on markkinavoimaa. Ilman merkittävää markkinavoimaa yritys ei voisi toimia riippumattomasti markkinoilla, eikä sillä olisi mahdollisuutta vaikuttaa haitallisesti markkinoiden toimintaan.²⁵ Markkinavoiman taloustieteellinen määritelmä tarkoittaa yrityksen mahdollisuutta asettaa hinta rajakustannusten yläpuolelle eli nostaa hinta kannattavasti yli kilpailullisen tason. Rajakustannuksella tarkoitetaan sitä kokonaiskustannusten lisäystä, joka syntyy, kun tuotantoa lisätään yhdellä yksiköllä.²⁶ Markkinavoima määritellään oikeustieteessä yleensä yrityksen mahdollisuudeksi nostaa hintoja kannattavasti yli kilpailullisen tason, rajoittaa tuotantoa tai sulkea kilpailijoita markkinoiden ulkopuolelle.²⁷ Euroopan komission on määritellyt markkinavoiman yrityksen kyvyksi kannattavasti korottaa hintoja kilpailukykyistä tasoa korkeammiksi huomattavan pitkäksi ajaksi.²⁸ Määritelmä liittyy nimenomaan mahdollisuuteen nostaa hintoja kannattavasti yli kilpailullisen tason. Mikä tahansa yritys voi nostaa hintojaan, mutta se johtaa yleensä myynnin vähenemiseen ja kuluttajien siirtymiseen kilpaileviin tuotteisiin. Tällöin hinnan nostaminen ei ole liiketaloudellisesti kannattavaa. Markkina-

²² Gormsen 2010 ss.24-25.

²³ McDowell – Thom – Frank – Bernanke 2009 ss.244-245.

²⁴ Kuoppamäki 2003 ss.79-81.

²⁵ Virtanen 2001 s.150.

²⁶ McDowell – Thom – Frank – Bernanke 2009 s.12.

²⁷ Goyder – Albors-Llorens 2009 ss.12-13.

²⁸ KOM 2009a kohta 11.

voimaa omaava yritys voi sen sijaan asettaa hinnan haluamalleen tasolle, menettämättä markkinaosuuttaan kilpailijoille.²⁹ Määritelmän käyttö ja siihen perustuva markkinavoiman arviointi ei kuitenkaan ole täysin ongelmaton. Määrävä markkina-aseman arvioinnissa epäilty yritys on saattanut jo korottaa hintojaan ennen markkinavoiman arvioimista ja tällöin uudet hinnankorotukset eivät enää ole kannattavia. Kyse on niin sanotusta sellofaaniharhasta.³⁰

Täydellisen kilpailun tilanteessa hinta on aina yhtä kuin rajakustannus eli yhdelläkään yrityksellä ei ole markkinavoimaa. Mikäli hinta on tätä korkeampi, kyse ei ole enää täydellisestä kilpailusta ja ainakin yhdellä yrityksellä on jonkin asteista markkinavoimaa. Pelkkä markkinavoiman olemassaolo tulee kuitenkin erottaa merkittävän markkinavoiman käsitteestä. Markkinavoiman olemassaolo ei välttämättä tarkoita, että markkinoilla olisi kilpailuoikeudellisia ongelmia. Markkinavoimassa on aste-eroja ja haitallinen markkinavoima yhdistetään yleensä merkittävän markkinavoiman käsitteeseen. Vain merkittävää markkinavoimaa omaava yritys voi toimia markkinoilla riittävän riippumattomasti ja aiheuttaa vahinkoa kilpailulle.³¹

Markkinavoima itsessään ei ole haitallista, vaan merkittävän markkinavoiman mahdollistama kilpailun kannalta haitallinen käyttäytyminen suhteessa muihin markkinatoimijoihin. Esimerkiksi kaikilla sellaisilla markkinoilla, joilla tuotteet eivät ole täydellisiä substituutteja toisilleen, voivat yritykset yleensä asettaa hinnat rajakustannuksia korkeammiksi. Näillä markkinoilla kilpailu voi kuitenkin olla todellisuudessa hyvin voimakasta ja kilpailuoikeudellinen puuttuminen toimintaan on tarpeetonta. Markkinavoima ja kilpailu eivät ole automaattisesti vastakohtia toisilleen. Käytännössä vain harvoilla yrityksillä on niin merkittävää markkinavoimaa, että ne voivat toimia markkinoilla määrävässä asemassa olevan yrityksen tavoin.³²

2.2.3 Markkinavoiman aiheuttamat hyvinvointitappiot

Kilpailulainsäädännön tavoitteena on estää sellainen markkinavoiman väärinkäyttö, joka vahingoittaa yhteiskuntaa ja kuluttajia. Lainsäädännöllä pyritään tehokkuuden ja hyvinvoinnin lisäämiseen. Kilpailu laskee hintoja kohti kustannuksia, kun taas liiallisen

²⁹ Motta 2004 ss.40-41.

³⁰ Leivo – Leivo – Huimala – Huimala 2012 s.63.

³¹ Posner – Landes 1980 s.939.

³² Geradin – Layne-Farrar – Petit 2012 ss.78-79.

markkinavoiman katsotaan laskevan taloudellista tehokkuutta.³³ Markkinavoiman hyvinvointivaikutuksia on tutkittu pitkään taloustieteessä. Täydellinen kilpailu on se optimi, jonka avulla markkinavoiman asteita voidaan mitata. Kilpailuoikeudessa avainasemassa on merkittävä hintavoima, eli mahdollisuus nostaa hintaa yli kilpailullisen tason riittävän pitkäksi ajaksi.³⁴ Markkinavoiman on taloustieteessä katsottu johtavan tuotannon vähenemiseen ja markkinavoiman aiheuttaman hinnan nousun yrityksen kannattavuuden paranemiseen.³⁵

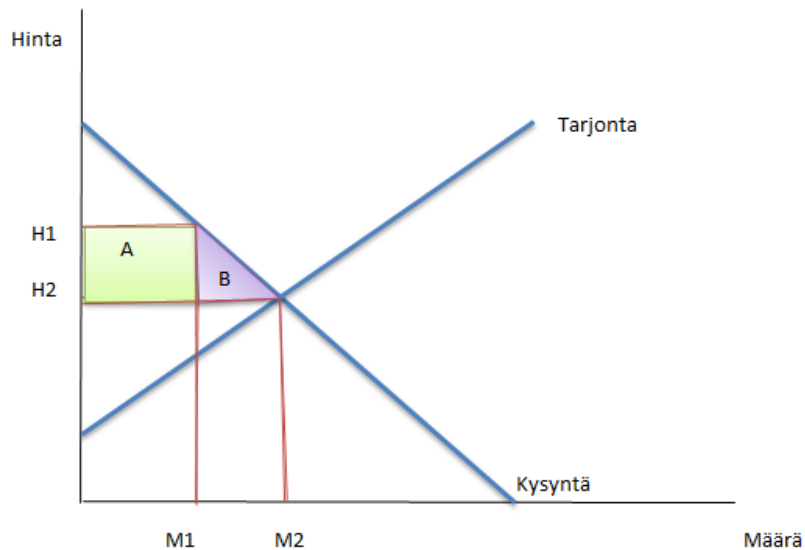
Allokatiivisella tehokkuudella viitataan tapaan, jolla kilpailu jakaa resursseja niiden parhaalle ja tehokkaimmalle käytölle luomalla kannustimia tuottajille kilpailla laajentaakseen tuotantoaan markkinoilla kunnes viimeinen tuotosyksikkö (rajakustannus) vastaa sitä hintaa, jonka kuluttajat ovat valmiita maksamaan tuotteesta (rajatuotto). Tässä pisteessä markkinat jakavat optimaalisen määrän yhteiskunnan kokonaisresursseja tämän tietyn tuotteen tai palvelun tuottamiseen. Vahinkoa allokatiiviselle tehokkuudelle aiheuttaa hintojen nouseminen ja tuotannon väheneminen. Normaalissa tilanteessa hinnannousu johtaa myynnin vähenemiseen. Markkinavoiman avulla voidaan kuluttajilta saada enemmän ylijäämää kuin tilanteissa joissa kilpailu on tehokasta. Ylijäämä siirtyy tällöin kuluttajilta markkinavoimaa omaavalle yritykselle.³⁶

³³ Kuoppamäki 2003 ss.90-91.

³⁴ O'Donoghue – Padilla 2006 ss.4-5.

³⁵ Bishop – Walker 2010 s.53.

³⁶ Gormsen 2010 ss.23-24.



Kaavio 1 Monopolin hyvinvointitappio.³⁷

Allokatiivinen tehottomuus kuvaa niitä vaikutuksia, joita tuotannon rajoittaminen ja hinnan nostaminen kilpailullisesta tasosta monopolihinnoitteluun aiheuttaa. Allokatiivinen tehokkuustappio on kustannus yhteiskunnalle siitä, etteivät markkinat toimi tehokkaasti.³⁸ Markkinavoiman aiheuttamalla hinnan nousulla on kahdenlaisia negatiivisia vaikutuksia kuluttajan hyvinvointiin. Ensinnäkin se siirtää varallisuutta kuluttajilta yrityksille, kun tuotteen tai palvelun hankkiva kuluttaja maksaa niistä enemmän kuin kilpailluilla markkinoilla (alue A). Toiseksi se hävittävää markkinoilta ne kuluttajat, jotka eivät maksa korkeampaa hintaa. Hintojen noustessa kuluttajat, jotka olivat valmiita ostamaan tuotteen ainoastaan kilpaillulla hinnalla, eivät enää osta tuotetta (alue B). Nämä yhdessä (A + B) muodostavat kuluttajan hyvinvoinnin vähennyksen, joka johtuu korkeammista hinnoista. Talousteoriassa alue B tunnetaan monopolin hyvinvointitappiona, koska se kuvaa kokonaishyvinvoinnin (kuluttajan hyvinvoinnin ja yritysten voiton) vähenemistä silloin kun hinta nousee kilpailullisen tason yläpuolelle. Alue B:n hyöty ei siis siirry kuluttajalle muttei myöskään yritykselle. Hyvinvointitappio syntyy kun kysyntä ja tarjonta ovat epätasapainossa. Kun hinnat ovat täydellisen kilpaillut resurssit jakaantuvat tehokkaasti, eikä hyvinvointitappiota synny.³⁹

³⁷ Van den Bergh – Camecasca 2006 s.25.

³⁸ Gormsen 2010 s.34.

³⁹ O'Donoghue – Padilla 2006 s.5.

2.3 Määrävä asema

2.3.1 Määritelmä

Määräävän markkina-aseman väärinkäyttö on yksi kielletyistä kilpailunrajoituksista. Kilpailuoikeudessa yksipuoliseen kilpailua rajoittavaan toimintaan voidaan puuttua ainoastaan määräävän aseman väärinkäyttökiellolla.⁴⁰ Määräävän markkina-aseman väärinkäytön kiellolla pyritään estämään merkittävää markkinavoimaa omaavan yrityksen haitallinen käyttäytyminen ja takaamaan toimiva kilpailu markkinoilla. Merkittävää markkinavoimaa omaava yritys hallitsee markkinoita ja se voi yksipuolisesti esimerkiksi heikentää hyödykkeidensä hinta-laatusuhdetta ja sulkea pienempiä kilpailijoitaan markkinoiden ulkopuolelle.⁴¹ Määräävää markkina-asemaa koskevan säännösten tarkoituksena on turvata se, ettei määräävässä asemassa oleva yritys sulje markkinoita kilpailijoiltaan muilla keinoin, kuin kilpailemalla tuotteidensa tai palvelujensa ansioilla.⁴²

Määräävän markkina-aseman sääntelyllä pyritään puuttumaan haitallisen markkinavoiman käyttöön jälkikäteen.⁴³ Toiminta, joka on sallittua normaaleissa kilpailuolosuhteissa, voi olla väärinkäyttöä silloin kun toteuttajana on määräävässä asemassa oleva yritys.⁴⁴ On kuitenkin huomattava ettei määräävä aseman saavuttaminen itsessään ole kiellettyä, vaan ainoastaan tuon aseman väärinkäyttö. Yritys voi edelleen pyrkiä kasvattamaan asemaansa suorituskilpailun avulla, mutta sillä on erityinen velvollisuus olla haittaamatta kilpailua.⁴⁵

Määräävä markkina-asema on määriteltä Kilpailulain 4.2 §:

Määräävällä markkina-asemalla tarkoitetaan yhdellä tai useammalla elinkeinonharjoittajalla taikka elinkeinonharjoittajien yhteenliittymällä olevaa koko maan tai tietyn alueen kattavaa yksinoikeutta tai muuta sellaista määräävää asemaa tietyillä hyödykemarkkinoilla, joka merkittävästi ohjaa hyödykkeen hintatasoa tai toimitusehtoja taikka vastaavalla muulla tavalla vaikuttaa kilpailuolosuhteisiin tietyllä tuotanto- tai jakeluportaalla.

EU:n perussopimukset eivät sisällä määräävää markkina-asemaa koskevaa määritelmää. Määräävän aseman määrittäminen ja väärinkäytöksi katsottavat menettelyt ovat pitkälti muotoutuneet oikeuskäytännössä. EU-tuomioistuimen oikeuskäytännössä määräävä

⁴⁰ HE 197/2012 s.19.

⁴¹ Kuoppamäki 2013.

⁴² KOM 2009a kohta 6.

⁴³ Kuoppamäki 2003 s.630.

⁴⁴ Bellamy – Child 2008 s.949.

⁴⁵ Vatiero 2005 ss.4-5.

markkina-asema on määritelty ”yrityksellä olevaksi taloudelliseksi vahvuudeksi, jonka avulla sen on mahdollista estää toimivaa kilpailua markkinoilla ja se voi käyttäytyä kilpailijoistaan, asiakkaistaan ja lopulta kuluttajista riippumattomasti.”⁴⁶ Tämä määritelmä on hyvin vakiintunut ja se on pysynyt myöhemmässä oikeuskäytännössä lähes muuttumattomana.⁴⁷

Määritelmissä voidaan nähdä olevan kaksi ulottuvuutta: yrityksen mahdollisuus estää toimivaa kilpailua ja sen mahdollisuus toimia riippumattomasti markkinoilla. Nämä kriteerit täyttyvät silloin, kun yrityksellä on huomattavasti markkinavoimaa.⁴⁸ Määräävässä asemassa olevan yrityksen riippumattomuus liittyy kilpailupaineen puuttumiseen. Kun kilpailupaine markkinoilla ei ole riittävän voimakas, yrityksellä on markkinavoimaa. Markkinavoima johtaa siihen, että muiden markkinatoimijoiden toimet ja reaktiot eivät juuri vaikuta yrityksen päätöksiin.⁴⁹ Alhainen markkinavoiman taso ei sen sijaan uhkaa markkinoiden toimivuutta siinä määrin, että siihen tulisi kilpailuoikeuden keinoin puuttua. Yleensä merkittävää markkinavoimaa omaavat yritykset ovat suhteellisen suuria. Merkitystä arvioinnissa annetaan kuitenkin markkinavoiman asteelle, ei yrityksen koolle. Mikäli relevantit markkinat määritellään kapeasti, hyvin pienikin yritys voi olla määräävässä asemassa.⁵⁰

Määräävän aseman ja huomattavan markkinavoiman on joissain yhteyksissä katsottu tarkoittavan samaa asiaa.⁵¹ Määräävän aseman taloustieteellinen määritelmä eli merkittävä markkinavoima ei kuitenkaan ole täysin yhtenevä oikeustieteellisen määritelmän kanssa. Yrityksellä voi olla merkittävää markkinavoimaa, vaikka se ei pysyisikään käyttäytymään riippumattomasti kilpailijoistaan, asiakkaistaan ja viimekädessä kuluttajista. Näin on erityisesti oligopolistisilla markkinoilla.⁵² Taloustieteessä määritelmä korostaa yrityksen mahdollisuutta nostaa hintoja yli kilpailullisen tason, kun taas kilpailuoikeuden määritelmä painottaa yrityksen riippumattomuuden astetta.⁵³ Nämä tekijät ovat kuitenkin tiiviissä yhteydessä toisiinsa ja toimivat ikään kuin kolikon kahtena eri puolena. Pidän tarkoituksenmukaisena, että termejä määräävä asema ja merkittävä markkinavoi-

⁴⁶ 322/81 Michelin kohta 30 ja 85/76 Hoffmann-La Roche kohdat 38-39.

⁴⁷ KOM 2009a kohta 10, ks. myös esimerkiksi T-30/89 Hilti kohta 90.

⁴⁸ Leivo – Leivo – Huimala – Huimala 2012 s.692.

⁴⁹ KOM 2009a kohta 10.

⁵⁰ Whish – Bailey 2012 s.191.

⁵¹ Kroes 2005.

⁵² O’Donoghue – Padilla 2006 ss.108-109.

⁵³ Van Den Bergh – Camesasca 2006 s.106.

ma käytetään yhtenevästi tässä tutkielmassa. Kuoppamäki on määritellyt määräävän-markkina-aseman usean eri näkökulman kautta. Horisontaalisella tasolla yrityksen voidaan katsoa olevan määräävässä asemassa, kun se on selvästi kilpailijoitaan suurempi ja voi toimia markkinoilla riippumattomasti. Rakenteellisesti määräävä asema kuvaa markkinarakennetta, joka on keskittynyt ja epäsymmetrinen ja jossa yksi yritys on selvästi kilpailijoitaan suurempi. Strategisen kilpailun näkökulmasta määräävässä asemassa oleva yritys voi sulkea kilpailijoitaan markkinoiden ulkopuolelle.⁵⁴

Kilpailuoikeudessa keskeistä on määrittää haitallisen markkinavoiman raja eli kuinka paljon markkinavoimaa edellytetään, jotta 102 artiklaa voidaan soveltaa.⁵⁵ Määräävä markkina-asema on absoluuttinen käsite eli yritys joko on määräävässä asemassa tai sitten se ei ole. Markkinavoiman aste sen sijaan voi vaihdella, ja yrityksellä voi olla jonkin asteista markkinavoimaa, vaikkei se olisikaan määräävässä asemassa. Jos yrityksellä ei ole riittävästi markkinavoimaa, sillä ei myöskään ole erityistä velvollisuutta olla haittaamatta kilpailua, eikä sen yksipuoliseen toimintaan voida kilpailuoikeuden keinoilla puuttua.⁵⁶

Haitallisesti yritys voi käyttää määräävää asemaansa markkinoilla muun muassa sulke-malla kilpailijoita markkinoilta ja vaikeuttamalla niiden toimintaa. Määräävällä asemalla on toisaalta myös kilpailun kannalta positiivisia vaikutuksia. Ohimenevänä ilmiönä se toimii kannustimena, jonka takia yritykset pyrkivät parantamaan omaa suoritustaan.⁵⁷ Mahdollisuus saavuttaa määräävä asema on yrityksille kaikkein voimakkain kannuste innovoida ja sijoittaa.⁵⁸ Kilpailuprosessin toimiessa normaalisti markkinavoima on ohimenevä ilmiö. Markkinavoima säilyy tällöin vain niin kauan kuin sen taustalla olevat kilpailuedut. Lyhytaikainen markkinavoima ei yleensä haittaa kilpailua ja määräävästä asemasta onkin kyse vain silloin kun merkittävä markkinavoima on ollut pidempikestoista.⁵⁹

2.3.2 Määräävän aseman arviointi kilpailuoikeudessa

Markkinavoiman arvioinnissa on aina kyse sen asteesta ja tiettyjen, sillä hetkellä tarkastelun kohteena olevien markkinoiden toimivuudesta. Pelkästään markkinarakenne ei

⁵⁴ Kuoppamäki 2003 s.1312.

⁵⁵ Jones – Sufrin 2011 s.284.

⁵⁶ Whish – Bailey 2012 s.180.

⁵⁷ Virtanen 2001 s.149.

⁵⁸ Motta 2004 s.89.

⁵⁹ Goyder – Albors-Llorens 2009 ss.12-13 ja Kuoppamäki 2003 s.1317.

kuitenkaan kerro riittävästi markkinoiden toimivuudesta, ja esimerkiksi monopoli ja oligopoli voivat toimia tehokkaasti kilpailun kannalta, vaikka niiden yleensä katsotaankin vähentävän kilpailua.⁶⁰ Määräävän markkina-aseman toteaminen ei edellytä kilpailun täydellistä puuttumista. Markkinoilla voi olla voimakastakin kilpailua.⁶¹ Merkityksellistä on yrityksen mahdollisuus kilpailusta huolimatta toimia markkinoilla niin riippumattomasti, ettei sen tarvitse ottaa kilpailijoita, asiakkaita tai kuluttajia huomioon. Edellytyksenä on, että yritys voi toimia riippumattomasti, niin ettei sille itselleen aiheudu tästä haittaa.⁶² Yleensä määräävän markkina-aseman tapauksissa markkinoilla on yksi kilpailijoita selvästi suurempi yritys. Toisaalta myös yhteinen määräävä asema on mahdollinen. Yritykset voivat olla yhteisessä määräävässä asemassa silloin, kun niiden välillä on sellaisia taloudellisia yhteyksiä, joiden avulla ne voivat omaksua yhtenäisen markkinakäyttäytymisen ja toimia määräävässä asemassa suhteessa muihin markkina-toimijoihin.⁶³

Määräävän markkina-aseman arviointi tehdään aina tapauskohtaisesti. Mikäli yrityksellä on lakisääteinen monopoli, se on automaattisesti määräävässä asemassa, eikä markkinavoiman mittaamista tarvita. Muissa tapauksissa markkinavoiman arviointi aloitetaan määrittämällä relevantit markkinat. Mittauskeinojen tulee olla mahdollisimman selkeitä ja todennettavissa olevia, jotta hyväksyttävään ja virheettömään lopputulokseen voidaan päästä.⁶⁴ Taloustieteessä markkinavoimaa mitataan niin sanotuilla suorilla mittaamistavoilla. Niissä merkitystä annetaan erityisesti rajakustannusten, hinnan ja kysyntäjoustop väliselle suhteelle. Käytännössä esteenä suorien mittaamistapojen käytölle on yleensä informaation puutteellisuus.⁶⁵ Käsittelen suorita mittaamistapoja lähemmin luvussa viisi.

Kilpailuoikeudessa määräävän aseman olemassaolo selvitetään vakiintuneen kilpailuoikeudellisen käytännön mukaan epäsuorasti niin, että ensin määritellään tapauskohtaisesti merkitykselliset markkinat ja tämän jälkeen arvioidaan yrityksen suhteellista asemaa markkinoilla verrattuna sen kilpailijoihin.⁶⁶ Arvioinnissa huomioon otetaan useita tekijöitä, joista tärkeimpiä ovat markkinaosuus, alalle pääsyn esteet ja muut kilpailulliset

⁶⁰ O'Donoghue – Padilla 2006 ss.4-5.

⁶¹ 85/76 Hoffmann-La Roche kohta 39.

⁶² Leivo – Leivo – Huimala – Huimala 2012 s.692.

⁶³ Asia C-497/99 P Irish Sugar.

⁶⁴ Kuoppamäki 2003 s.1291.

⁶⁵ Van Den Bergh – Camecasca 2006 s.107.

⁶⁶ KOM 2009a kohta 9 ja Kuoppamäki 2008 s.1091.

rajoitteet, kuten tasapainottava neuvotteluvoima.⁶⁷ Merkittävä markkinaosuus on tärkein indisio markkinavoiman olemassaolosta, mutta se ei yksin riitä määräävän aseman toteamiseen.⁶⁸ Määräävän aseman väärinkäytön arviointi on erillinen vaihe määräävän aseman toteamisesta. Kun yrityksen on todettu ensin olevan määräävässä asemassa, voidaan tutkia onko se syylistynyt asemansa väärinkäyttöön.⁶⁹

Kuten aiemmin on tullut ilmi, määräävän aseman arviointi on hyvin pitkälti muotoutunut oikeuskäytännössä. Oikeuskäytännön lisäksi määräävän aseman arvioinnin kannalta merkityksellisiä ovat EU:n niin sanotut soft law- instrumentit, joilla on pyritty selvittämään määräävän markkina-aseman arviointia ja soveltamiskäytäntöjä. Nämä instrumentit eivät ole osapuolia sitovia, eivätkä ne muuta olemassa olevan oikeuden sisältöä.⁷⁰ Euroopan komissio on antanut artiklan 102 soveltamista koskevia ohjeita tiedonannossaan⁷¹ ja siihen liittyvässä keskusteluasiakirjassaan⁷². Määräävän markkina-aseman arvioinnin kannalta merkityksellinen on myös Komission tiedonanto merkityksellisten markkinoiden määritelmästä, jossa komissio selventää markkinoiden määrittämisessä käytettäviä tekniikoita.⁷³

Kilpailuoikeudellinen arviointi on EU:ssa perinteisesti ollut formalistista eli huomio on kiinnitetty toiminnan muotoon ennemmin kuin sen vaikutuksiin. EU:ssa kilpailuoikeutta on pyritty modernisoimaan 2000-luvun alusta lähtien. Aiempi formalistinen lähestymistapa on väistynyt uuden, toiminnan vaikutuksiin perustuvan taloustieteellisen arvioinnin tieltä. Muutoksien syynä on ollut halu pyrkiä lisäämään taloustieteellistä näkemystä kilpailuongelmien arvioinnissa. Määräävän markkina-aseman arvioinnissa taloustieteellinen lähestymistapa otettiin käyttöön komission tiedonannossa.⁷⁴ Käytännössä muutokset ovat johtaneet per se- kieltojen vähentymiseen ja joustavampien säännösten käyttöönottoon, jotka antavat enemmän tilaa tapauskohtaiselle arvioinnille.⁷⁵ Tästä huolimatta EU-tuomioistuimen on edelleen katsottu noudattavan suhteellisen formalistista linjaa tuomioissaan.⁷⁶

⁶⁷ Bellamy – Child 2008 s.920 ja KOM 2009a kohta 12.

⁶⁸ Källezi 2008 s.60.

⁶⁹ HE 197/2012 s.9.

⁷⁰ Whish – Bailey 2012 ss.176-177.

⁷¹ KOM 2009a.

⁷² DGCOMP 2005.

⁷³ KOM 1997.

⁷⁴ KOM 2009a kohdat 20 ja 21.

⁷⁵ Arezzo 2008 ss.21-22.

⁷⁶ Fox 2007 s.3.

Taloustieteellisellä lähestymistavalla tarkoitetaan sitä, ettei kilpailuoikeudellinen arviointi perustu niinkään toiminnan muotoon, vaan toiminnan kilpailulle haitallisten vaikutusten arviointiin. Soveltamisen tulisi keskittyä toimintaan, jolla on mahdollisia kilpailua rajoittavia vaikutuksia ja jotka ovat tosiasiallisesti vahingollisia kuluttajille markkinoilla. Kilpailuviranomaisten tulisi puuttua markkinoiden toimintaan vain silloin, kun on selvää, etteivät markkinat toimi kunnolla.⁷⁷ Lähestymistapa edellyttää syvällistä tapauskohtaista taloustieteellistä arviointia määräävässä asemassa olevan yrityksen toiminnasta tietyillä markkinoilla. Keskittymällä toiminnan vaikutuksiin, yrityksen mahdollisuudet kiertää kilpailusääntöjä pienenevät. Samantyyppisellä menettelyllä voi tapauskohtaisesti olla kilpailunvastaisia tai kilpailua hyödyttäviä vaikutuksia. Vaikutusarvioinnilla voidaan keskittyä toiminnan todellisiin vaikutuksiin kuluttajien hyvinvoinnille ja näin saavuttaa objektiivisin ja oikein lopputulos.⁷⁸

2.4 Väärinkäyttö

Määräävän markkina-aseman väärinkäyttö on kielletty kilpailulain 7 §:ssä ja SEUT 102 artiklassa. Molemmat säännökset sisältävät listan erilaisista väärinkäyttömuodoista, joita voidaan pitää määräävän markkina-aseman väärinkäyttönä. Näitä ovat muun muassa kohtuuttomien kauppaehtojen määrittäminen, hintasyrjintä ja tuotannon rajoittaminen. Lista ei kuitenkaan ole tyhjentävä, vaan esimerkinomainen ja määräävän aseman väärinkäytöksi voidaan katsoa myös toiminta, joka ei ole nimenomaisesti mainittu luettelossa. Keskeistä toiminnan arvioinnissa on se, mitä vaikutuksia menettelyllä on toimivalle kilpailulle.⁷⁹ Väärinkäytön arviointi edellyttää aina tapauskohtaista kokonaisarviointia toiminnan kilpailuvaikutuksista.⁸⁰ 102 artiklan nojalla voidaan puuttua mihin tahansa määräävässä asemassa olevan yrityksen toimintaan, joka voi suoraan tai epäsuorasti vaikuttaa kuluttajiin tai kilpailuun haitallisesti.⁸¹

Määräävän aseman väärinkäyttö voi kohdistua asiakkaisiin tai kilpailijoihin. Määräävässä asemassa olevan yrityksen asiakkaat ovat usein riippuvaisessa asemassa yrityksestä ja riippuvuuden avulla yritys voi käyttää neuvotteluvoimaansa haitallisesti esimerkiksi edellyttämällä rajoittavia sopimusehtoja tai perimällä kohtuuttomia hintoja. Kilpailijoihin määräävässä asemassa oleva yritys voi vaikuttaa sulkemalla kilpailijoita markki-

⁷⁷ Kroes 2005.

⁷⁸ Gerber 2008 s.1250 ja EAGCP 2005.

⁷⁹ KKV: Määräävän markkina-aseman väärinkäyttö.

⁸⁰ Kroes 2005.

⁸¹ Faull – Nikpay 2007 s.352.

noiden ulkopuolelle tai muuten vaikeuttaa niiden toimintaa.⁸² Kilpailuoikeuden tavoitteet huomioon ottaen, selkeästi kuluttajia hyödyttäviä toimenpiteitä ei yleensä voida pitää kilpailuoikeuden vastaisina.

Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan väärinkäytön arviointi on erottamattomassa yhteydessä yrityksen markkina-asemaan. Tietty toiminta voi olla väärinkäyttöä vain silloin kun siihen syyllistyy määräävässä asemassa oleva yritys. Tämä johtuu siitä, että määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on erityinen velvollisuus olla haittaamatta kilpailua.⁸³ Väärinkäyttövalvonnalla ei kuitenkaan pyritä kilpailijoiden suojelemiseen tehokkaampien yritysten kilpailulta.⁸⁴ Väärinkäytön kiellon tarkoituksena ei ole puuttua yksittäisten sopimusriitojen ratkaisuun tai suojata yritystä kilpailijan tai kauppakumppanin kohtuuttomilta ehdoilta, paitsi silloin kun menettelyn torjuminen on tarpeen terveen ja toimivan kilpailun turvaamiseksi kokonaisuudessaan.⁸⁵ Aggressiivinen kilpailu markkinoilla on sallittua ja toivottua myös määräävässä asemassa olevalta yritykseltä niin kauan kuin se hyödyttää kuluttajia.⁸⁶

Väärinkäytön arvioinnissa on tärkeää erottaa kilpailunvastainen toiminta kilpailulle hyödyllisestä toiminnasta. Kysymys on siitä, onko toiminta tulosta suorituskilpailusta. Kilpailussa yritykset luonnollisesti pyrkivät saamaan kilpailijat pois markkinoilta toimimalla tehokkaammin. Väärinkäyttöä on vain toiminta, joka ei ole tulosta paremmasta toiminnasta ja tehokkuudesta. Suorituskilpailu on aina sallittua myös määräävässä asemassa olevalla yritykselle. Jos kilpailuetu saavutetaan määräävässä asemassa olevan yrityksen tehokkaammalla suorituksella, kyse ei ole väärinkäytöstä.⁸⁷ Kroesin mukaan suorituskilpailulla tarkoitetaan toimintaa, jossa tehokkaan kilpailijan, jolla ei ole määräävän aseman etuja, on mahdollista kilpailla hinnoilla määräävässä asemassa olevan yrityksen kanssa.⁸⁸

Toiminta, jonka voidaan arvioida olevan väärinkäyttöä tietyissä tilanteissa, voi jossain muussa tilanteessa edistää tehokkuutta ja lisätä kuluttajan hyvinvointia. Tästä syystä artiklaa 102 sovellettaessa tulee ottaa huomioon kilpailuhaittojen ohella mahdolliset tehokkuusedut. Näin vältetään sellaisen toiminnan kieltäminen, joka tosiasiallisesti

⁸² Kuoppamäki 2003 s.625.

⁸³ Faull – Nikpay 2007 s.349.

⁸⁴ Kuoppamäki 2003 s.753.

⁸⁵ HE 88/2010 s.9.

⁸⁶ Whish – Bailey 2012 s.196.

⁸⁷ Faull – Nikpay 2007 s.350.

⁸⁸ Kroes 2005.

hyödyttää kuluttajia. Komissio on tiedonannossaan ottanut käyttöön niin sanotun tehokkuuspuolustuksen, jonka avulla yritykset voivat oikeuttaa tietyn käyttäytymisen jos sen katsotaan lisäävän tehokkuutta. Yrityksen täytyy näyttää toteen, että väärinkäytöksi arvioitun toiminnan tulokset johtavat tehokkuusetuihin, jotka peittoavat sen aiheuttamat kilpailuhaitat.⁸⁹ Tehokkuuspuolustusta voidaan käyttää kaikkiin väärinkäytön muotoihin. Määräävässä asemassa olevan yrityksen toiminta voi olla perusteltua esimerkiksi silloin, kun se on objektiivisesti tarkasteltuna välttämätön tai se luo huomattavia tehokkuusetuja.⁹⁰

⁸⁹ Waelbroeck 2010 ss.7-8.

⁹⁰ KOM 2009a kohta 28.

3 MÄÄRÄÄVÄ ASEMA PÄIVITTÄISTAVARAKAUPASSA

3.1 Lainsäädäntö

3.1.1 Uusi säännös

1.1.2014 on tullut voimaan kilpailulain muutos, joka koskee päivittäistavarakauppaa:

Määrävä markkina-asema päivittäistavarakaupassa

Elinkeinonharjoittajan tai elinkeinonharjoittajien yhteenliittymän, jonka markkinaosuus päivittäistavarakaupan vähittäismyynnissä Suomessa on vähintään 30 prosenttia, on katsottava olevan määrävässä markkina-asemassa Suomen päivittäistavarakaupan markkinoilla. Päivittäistavarakaupan markkinoihin kuuluvat sekä vähittäismarkkinat että hankintamarkkinat.

Uusi säännös määrittää valmiiksi markkinaosuutta koskevan kynnyksen, jonka ylittäessään yritys on automaattisesti määrävässä markkina-asemassa päivittäistavarakaupan alalla. Suomessa tämä koskee käytännössä kahta suurinta toimijaa eli K- ja S-ryhmää. 30 prosentin dominanssikynnyksen ylittävät päivittäistavarakaupan toimijat ovat määrävässä markkina-asemassa itsenäisesti, eli kyse ei ole yhteisestä määrävästä asemasta. Suurimmilla päivittäistavarakaupan toimijoilla on näin velvollisuus pidättäytyä kauppatavoista, jotka ovat markkinavoiman kohtuutonta hyväksikäyttöä tai johtavat muiden toimijoiden poissuljentaan markkinoilta. Säännös ei estä suurimpia kaupparyhmiä kasvattamasta markkinaosuuttaan, mutta niiden tulee noudattaa määrävässä asemassa olevaan yritykseen kohdistuvia sääntöjä. Tämä tarkoittaa muun muassa erityistä velvollisuutta olla haittaamatta kilpailua. Hallituksen esityksen mukaan markkinaosuusrajan ylittyessä yrityksen toimintaan sovelletaan kilpailulain määrävän markkina-aseman väärinkäyttökieltoa.⁹¹ Uudella säännöksellä ei siis ole vaikutusta väärinkäytön arviointiin, vaan ainoastaan määrävän aseman toteamiseen päivittäistavarakaupassa.

Kilpailulaki on yleislaki, joka sisältää kilpailua koskevat yleiset säännökset kattavasti ja sitä sovelletaan lähtökohtaisesti kaikkiin markkinoihin Suomessa. Tietyt markkinat on kuitenkin katsottu kilpailun kannalta niin poikkeukselliseksi, että niille on säädetty omat sektorikohtaiset erityislakinsa. Näitä ovat esimerkiksi pankki-, vakuutus ja energia-alat.

⁹¹ HE 197/2012 ss.1-5.

Päivittäistavarakauppaa koskeva säännös on poikkeuksellisesti kirjattu kilpailulakiin, vaikka se koskee ainoastaan tietyn sektorin markkinoita. Erityissäännöksen kirjaaminen yleislakiin on saanut kritiikkiä muun muassa siitä syystä, että se saattaisi mahdollistaa muiden sektorikohtaisten säännösten lisääntymisen ja johtaa siihen, että kilpailulain asema kaikkia tasapuolisesti koskevana yleislakina horjuisi.⁹²

Uuden säännöksen myötä päivittäistavarakaupan markkinoilla määräävää asemaa todettaessa ei tehdä vakiintunutta markkinavoiman arviointia, vaan riittää, että yrityksen markkinaosuus ylittää 30 prosentin kynnyksen. Myöskään relevantteja markkinoita ei määritellä tapauskohtaisesti, vaan ne on määritelty valmiiksi hallituksen esityksessä.⁹³ Säännös antaa määräävän aseman arvioinnissa kaiken painon markkinaosuudelle. Merkitystä ei anneta lainkaan muille vakiintuneesti määräävän aseman arvioinnissa huomioon otettaville tekijöille kuten alalle pääsyn esteille tai markkinoiden erityispiirteille.

3.1.2 Miksi päivittäistavarakauppaa koskeva erityissäännös säädettiin?

Kilpailulain perusteella yksipuoliseen kilpailua rajoittavaan menettelyyn voidaan puuttua ainoastaan määräävän markkina-aseman väärinkäyttökiellolla.⁹⁴ Päivittäistavarakaupassa havaitut epäkohdat ja epäoikeudenmukaiset menettelyt ovat pitkälti yksipuolista kilpailua rajoittavaa toimintaa, jotka johtuvat kaupan toimijoiden vahvasta ostajavoimasta. Vaikka kansalliset hyödykemarkkinat ovat enenevässä määrin keskittyneet, markkinaosuudet ovat yleensä jääneet sen verran alhaisiksi, etteivät vähittäiskauppiaat voi käyttää markkinavoimaansa itsenäisesti.⁹⁵ Siksi määräävän markkina-asemaa koskevaa väärinkäytön kieltoa ei ole voitu aikaisemmin soveltaa päivittäistavarakauppaan. EU-oikeudessa eikä kilpailulaissa ole erillistä normia, jota voitaisiin soveltaa markkinavoiman väärinkäyttöön määräävän aseman määrittävän dominanssikynnyksen alapuolella. Näin ollen dominanssikynnyksen alle jäävät yritykset voivat toimia markkinoilla vapaasti, eikä niihin voida kohdistaa sanktioita markkinavoiman väärinkäytöstä.⁹⁶

Hallituksen esityksen mukaan uuden säännöksen tavoitteena on varmistaa markkinoiden toimivuus Suomen erittäin keskittyneillä päivittäistavarakaupan markkinoilla. Tavoitteena on estää kohtuuttomien ja syrjivien kauppatapojen ylläpitäminen ja varmistaa etteivät kaupan toimijat sulje kilpailijoita markkinoilta. Ennen uuden säännöksen voi-

⁹² HE 197/2012 Lausumatiivistelmä.

⁹³ HE 197/2012 s.28 ja s.8.

⁹⁴ HE 197/2012 s.6.

⁹⁵ Pera – Bonfitto 2011 s.415.

⁹⁶ Kokkokris 2010 ss.1-2.

maantuloa Kilpailu- ja kuluttajavirasto ei ollut katsonut, että yhdelläkään yksittäisellä toimijalla olisi määräävää markkina-asemaa päivittäistavarakaupan markkinoilla Suomessa. Yhteistä määräävää asemaa ei ole todettu, koska se edellyttäisi että yritykset esiintyvät tai toimivat yhdessä taloudelliselta kannalta katsoen yhtenä yksikkönä. Voimassa olleen kilpailulain kieltojen avulla ei voitu tehokkaasti puuttua kaupan keskittymiskehityksen kierteseen ja kilpailun vähenemisestä aiheutuviin haittoihin.⁹⁷ Nyt, uuden säännöksen myötä, markkinoilla on kaksi 30 prosentin markkinaosuusrajan ylittävää toimijaa, jotka ovat itsenäisessä määräävässä asemassa ja joihin väärinkäyttökieltoa voidaan soveltaa.

Hallituksen esityksessä erillistä säännöstä päivittäistavarakaupan määräävästä markkina-asemasta perustellaan pitkälti alan rakenteella. Päivittäistavarakauppa on Suomessa hyvin keskittynyt ja erityisesti ostajavoiman käyttö on koettu kilpailuongelmaksi. Vuonna 2012 kilpailuvirasto julkaisi selvityksen päivittäistavarakaupan ostajavoimasta ja sen vaikutuksesta elintarvikeketjun toimintaan. Selvityksen mukaan päivittäistavarakauppa on Suomessa hyvin keskittynyttä ja sen toiminnassa havaittiin useita kilpailuoikeudellisia ongelmia. Lähes 80 prosenttia markkinoista on kahden toimijan hallussa. Kaupan vahvan ostajavoiman todettiin vaikuttavan tavarantoimittajien asemaan ja elintarvikeketjun sisällä käytävään kilpailuun. Erityisen ongelmallisina kilpailulle nähtiin markkinointirahojen käyttö, riskinsiirrot, hyllymaksut ja kauppojen omien tuotemerkkien käyttö. Päivittäistavarakaupan keskittymisellä nähtiin myös olevan epäsuotuisia vaikutuksia elintarvikkeiden hintatasoon.⁹⁸

3.2 Päivittäistavarakaupan kilpailuoikeudelliset ongelmat

3.2.1 Keskittynyt markkinarakenne

Päivittäistavarakaupan markkinoille on ominaista ketjuuntuminen ja keskittyminen. Keskittymisellä tarkoitetaan sellaista kehitystä markkinoilla, jossa suurimmat yritykset kasvattavat markkinaosuuttaan ja yritysten määrä markkinoilla vähenee. Suurimpien yritysten markkinavoima kasvaa ja samalla lisääntyvät niiden mahdollisuudet toimia markkinoilla kilpailulle haitallisesti.⁹⁹ Suomessa päivittäistavarakaupan markkinat ovat selkeästi keskittyneet kahdelle suurimmalle yritykselle. Niillä on yhdessä yli 80 prosen-

⁹⁷ HE 197/2012 s.2 ja ss.19-20.

⁹⁸ Björkroth – Frosterus – Kajova – Palo 2012 s.11 ja ss.119-120.

⁹⁹ Kuoppamäki 2003 ss.1056-1057.

tin markkinaosuus ja keskittymisen myös oletetaan jatkuvan voimakkaana.¹⁰⁰ S-ryhmä on kasvattanut markkinaosuuttaan tasaisesti 90-luvun alusta lähtien. Sen suurimmalla kilpailijalla, K-ryhmällä, on myös ollut pitkään merkittävä markkinaosuus vaikka se onkin viime vuosina jonkin verran laskenut. Päivittäistavarakaupan korkeaa keskittymisastetta ovat entisestään nostaneet yrityskaupat ja toimijoiden orgaaninen kasvu.¹⁰¹

S-ryhmän markkinaosuus oli vuonna 2013 45.7 prosenttia ja K-ryhmän 34 prosenttia. Suomen Lähikauppa Oy:n markkinaosuus oli 7 prosenttia ja muiden pienempien toimijoiden yhteenlaskettu markkinaosuus 13.3 prosenttia.¹⁰² Hallituksen esityksessä on kiinnitetty erityistä huomiota siihen, että pienet kilpailijat, Lidliä lukuun ottamatta, eivät ole pystyneet kasvattamaan markkinaosuuttaan viime vuosien aikana. K- ja S-ryhmän toimintaa ohjaavat keskusliikkeet ja ohjauksen on arvioitu vahvistavan jo valmiiksi hyvin keskittyneen päivittäistavarakaupan keskittymiskehitystä markkinoilla.¹⁰³ Kilpailuvirasto on selvityksessään todennut, että Suomen päivittäistavarakaupan rakenne on erittäin keskittynyt ja se on johtanut epäsuotuisiin vaikutuksiin elintarvikkeiden hintatasossa. Keskittyminen on johtanut markkinavoiman kasvuun ja ostajavoiman lisääntymiseen. Keskittyminen myös nostaa ennestään korkeita alalle pääsyn esteitä.¹⁰⁴ Käsittelen keskittymisen taloustiedettä ja sen suhdetta markkinavoimaan lähemmin sitä koskevassa luvussa 5.6.

Määräävän aseman sääntelyllä ei ole suoraa vaikutusta keskittyneen markkinarakenteen ongelmaan. Sillä voidaan kuitenkin puuttua sellaisiin menettelytapoihin, joita keskittyminen on mahdollistanut kuten esimerkiksi ostajavoiman käyttöön tietyissä tapauksissa. Komission mukaan elintarvike- ja vähittäiskaupan kilpailunrajoitukset ovat Suomessa suurimmaksi osaksi rakenteellisia ja ne liittyvät esimerkiksi rakentamisen suunnitteluun.¹⁰⁵ Kuoppamäki esittää, että ensisijaisesti tulisi puuttua markkinarakenteeseen, kun kilpailunrajoituksen syy johtuu liian keskittyneestä markkinarakenteesta. Paras tapa kilpailun edistämiseen olisi hänen mukaansa poistaa alalle pääsyn esteitä ja jättää loppu

¹⁰⁰ HE 197/2012 s.18.

¹⁰¹ Björkroth – Frosterus – Kajova – Palo 2012 ss.14-15.

¹⁰² Nielsen 2014.

¹⁰³ HE 197/2012 s.18.

¹⁰⁴ HE 197/2012 s.17.

¹⁰⁵ Hassi – Cronberg 2012.

markkinamekanismin hoidettavaksi. Tällöin puututtaisiin lievemmin yritysten toimintavapauden rajoituksiin kuin sektorikohtaisella erityissääntelyllä.¹⁰⁶

Suomen päivittäistavarakaupan vähittäismarkkinoita suhteessa kuluttajiin voidaan luonnehtia oligopoliksi ja hankintamarkkinoita oligopsoniksi. Suuret yritykset kilpailevat keskenään ja määrittävät pitkälti tuotteiden hinnat. Hankintamarkkinoilla kaksi suurinta ryhmää ovat merkittävimmät ostajat, joista tuottajat ja tavarantoimittajat ovat riippuvaisia. Oligopolissa toimivat suuret yritykset ovat keskinäisessä riippuvuussuhteessa toisiinsa. Markkinoilla on oligopolissa yleensä myös pienempiä toimijoita, jotka seuraavat suurten yritysten hinnoittelua. Oligopolimarkkinoilla kilpailijoita on niin vähän, että strateginen käyttäytyminen on mahdollista ja todennäköisempää kuin kilpailluilla markkinoilla.¹⁰⁷

Taloustieteessä oligopolin katsotaan yleensä vähentävän kilpailua ja nostavan hintoja. Toisaalta oligopolin vaikutukset voivat joissain tapauksissa olla myös hyödyllisiä. Kilpailuoikeudessa oligopoliongelmaan ei ole selkeää ratkaisua. Vaihtoehtoina on markkinoiden rakenteeseen tai oligopolin toimintaan puuttuminen. Nykyisen kilpailuoikeuden avulla oligopoliin voidaan puuttua lähinnä silloin, kun kyseessä on kartellinomainen yhteistyö.¹⁰⁸

3.2.2 Väärinkäytön muodot päivittäistavarakaupassa

Uusi päivittäistavarakauppaa koskeva säännös ei tuonut muutosta määräävän aseman väärinkäytön arviointiin. Määräävän aseman väärinkäytön kieltokynnyksen ylittymistä arvioidaan edelleen vakiintuneen soveltamiskäytännön mukaisesti. Uusi säännös ei muuta väärinkäyttönä pidettävän toiminnan arviointia, eikä se synnytä uusia väärinkäyttönä pidettäviä menettelytapoja.¹⁰⁹ Päivittäistavarakaupan markkinoille on kuitenkin muodostunut alalle tyypillisiä kilpailuongelmia, jotka osaltaan poikkeavat perinteisistä väärinkäytön muodoista. Suomen päivittäistavarakaupassa ongelmat liittyvät pitkälti ostajavoiman käyttöön, kauppojen omiin tuotemerkkeihin ja kanta-asiakasjärjestelmiin.¹¹⁰

¹⁰⁶ Kuoppamäki 2003 s.1319.

¹⁰⁷ Ojala 2011 s.13.

¹⁰⁸ Virtanen 2001 s.62-64.

¹⁰⁹ HE 197/2012 s.22.

¹¹⁰ Edilex Koulutus 2014.

Hallituksen esityksessä ja kilpailuviraston ostajavoimaa koskevassa selvityksessä käsitellään niitä kilpailuongelmia, joita päivittäistavarakaupan markkinoilla on havaittu. Ne antavat suuntaa siitä, minkä tyyppiseen toimintaan uudella säännöksellä voidaan puuttua. Päivittäistavarakaupassa määräävän aseman väärinkäyttö voi liittyä suurten kaupparyhmien ostajavoiman käyttämiseen hankintamarkkinoilla tai toimintaan vähittäiskaupassa markkinavoiman muodossa.¹¹¹ Mahdolliset väärinkäytön muodot keskittyvät päivittäistavarakaupan ja tavarantoimittajien välisiin suhteisiin ja suoraan kuluttajiin kohdistuvaan väärinkäyttöön on kiinnitetty vähemmän huomiota. Välillisesti päivittäistavarakaupan ja tavarantoimittajien väliset mahdolliset väärinkäytökset voivat johtaa myös haittaan kuluttajille. Toisaalta ostajavoiman käyttö hankintaportaalla voi johtaa kuluttajia hyödyttäviin tuloksiin.¹¹²

Kilpailu- ja kuluttajavirasto on uuden päivittäistavarakauppaa koskevan säännöksen voimaantulon jälkeen lähtenyt tekemään tarkempia selvityksiä koskien kolmea päivittäistavarakaupan kilpailuun liittyvää ongelmaryhmää. Nämä ovat tavarantoimittajien pääsy kaupan menekkitietoihin, kanta-asiakasjärjestelmät ja niiden vaikutus kilpailuun sekä kaupan omiin tuotemerkkeihin liittyvät menettelytavat.¹¹³ KKV on korostanut, että säännöksen soveltamisessa on loppujen lopuksi kyse kuluttajille haitallisten menettelytapojen kieltämisestä, ei kilpailijoiden tai heikompien sopimuskumppaneiden suojaamisesta. Tarkoituksena ei ole puuttua yksittäisiin sopimuksiin tai epäreiluihin sopimuskäytäntöihin, elleivät ne samalla vaikuta kilpailuun kokonaisuutena haitallisesti. Tästä syystä ostajavoimaan liittyvät kilpailuongelmat hankintamarkkinoilla ovat pitkälti jääneet KKV:n tutkimusintressin ulkopuolelle.¹¹⁴

Suurimmalla osalla päivittäistavarakaupan toimijoista on omat kanta-asiakasjärjestelmänsä, joiden tarkoituksena on saada asiakkaat keskittämään ostoksensa saman ryhmän sisälle. K-ryhmällä on kanta-asiakasjärjestelmä, jossa asiakkaan saama etu kasvaa ostojen kasvaessa. S-ryhmällä on käytössään samalla periaatteella toimiva bonus-järjestelmä, jossa tehdyt ostot kerryttävät jäsenille maksettavaa bonusta. Molemmissa alennusjärjestelmissä kuluttajat voivat saada ostohyvitystä kaupparyhmien ohella yhteistyökumppaneilta, joihin kuuluu muun muassa huoltamo-, energia-, matkai-

¹¹¹ HE 197/2012 s.10.

¹¹² Björkroth – Frosterus – Kajova – Palo 2012.

¹¹³ KKV 2014.

¹¹⁴ Edilex koulutus 2014.

lu-, vakuutus- ja hotellialan toimijoita.¹¹⁵ Kanta-asiakasjärjestelmät voidaan luokitella kilpailuoikeudessa uskollisuusalennuksiksi, joilla palkitaan asiakkaan tietynlainen ostokäyttäytyminen. Tällainen järjestelmä, joka tähtää ostosten keskittämiseen, voi haitata kilpailua jos se estää muiden yritysten laajentumista tai pääsyä markkinoille. Määräavässä asemassa oleva yritys ei voi käyttää kanta-asiakasjärjestelmäänsä täysin vapaasti, koska alennuksilla voi olla markkinoita sulkevia vaikutuksia.¹¹⁶

Komission mukaan alennusjärjestelmien kilpailuvaikutusten arvioinnissa tarkastellaan alennuksen asiakasuskollisuutta lisääviä vaikutuksia ja arvioidaan erityisesti alennusjärjestelmän markkinoita sulkevaa vaikutusta suhteessa määräävässä asemassa olevan toimittajan kilpailijoihin. Mitä suurempi alennus on suhteessa kokonaishintaan ja mitä korkeampi alennusraja on, sitä todennäköisemmin järjestelmällä on markkinoita sulkeva vaikutus.¹¹⁷ Hallituksen esityksessä korostetaan toisaalta, että alennusjärjestelmiin puuttuttaessa on noudatettava varovaisuutta, koska halvemmat hinnat ovat yleensä kuluttajien edun mukaisia ja osoittavat kilpailun toimivuutta.¹¹⁸

Kauppojen omien tuotemerkkien eli niin sanottujen private label- tuotteiden määrä ja markkinaosuus on kasvanut merkittävästi viime vuosien aikana.¹¹⁹ Euroopan komissio on määritellyt private label- tuotteet kolmannen tahon tekemiksi tuotteiksi, jotka kuitenkin myydään vähittäiskaupan oman merkin alla. Tuotteet ovat usein halvempia ja samankaltaisia tuotteita kuin menestyneet merkkituotteet. Kilpailuongelmat kauppojen omien tuotemerkkien kohdalla liittyvät kaupan lisääntyvään ostajavoimaan. Päivittäistavarakaupan on arvioitu hyötyvän epäoikeudenmukaisesti vähittäiskaupan asemasta merkkituotteiden jakelijana ja asiakkaana.¹²⁰

Kauppojen omat tuotteet muuttavat elintarvikemarkkinoiden kilpailuasetelmaa. Päivittäistavarakaupalla on kaksoisrooli suhteessa teollisuuteen. Se on paitsi ostaja, myös kilpailija sekä palveluntarjoaja. Merkkituotteet ja kauppojen omat tuotemerkit kilpailevat samoilla tuotemarkkinoilla. Kauppojen omien tuotemerkkien lisääntyminen on lisännyt kaupan neuvotteluvoimaa ja muuttanut kauppojen ja tavarantoimittajien välistä suhdetta kauppakumppaneista kilpailijoiksi. Kaupan toimija on kaksoisroolissa suhteessa tava-

¹¹⁵ HE 197/2012 ss.18-19.

¹¹⁶ KOM 2009b kohta 37.

¹¹⁷ KOM 2009b kohdat 40-41.

¹¹⁸ HE 197/2012 s.12.

¹¹⁹ Turun Sanomat 27.12.2012: Kaupan omat merkit jyräävät.

¹²⁰ Daskalova 2012 s.2.

rantoimittajaan. Kauppojen omien tuotemerkkien käytön on arveltu johtavan käytäntöihin, jotka lopulta ovat kuluttajille haitallisia.¹²¹ Kun kauppa hallitsee hinnoittelua ja valikoimaa, se voi edistää omien tuotemerkkiensä myymistä merkkituotteiden kustannuksella. Suuret päivittäistavarakaupat voivat korvata tavarantoimittajan tuotteen omalla private-label tuotteella ja päättää mitä tuotetta he hyllyillään myyvät. Kilpailuviraston selvityksen mukaan private label-tuotteista syntyvä kilpailuongelma on verrattavissa kilpailuneutraliteetin puuttumiseen markkinoilla. Kaksosiroolista johtuen jälleenmyyjät saavat kustannus- ja muita etuja verrattuna merkkituotteiden valmistajiin ja tällä on markkinoita vääristävä vaikutus. Selvityksen mukaan kehitys saattaa myös johtaa elintarvikkeiden hintojen nousuun.¹²²

3.2.3 Ostajavoima

Yrityksen merkittävä markkinavoima antaa sille mahdollisuuden toimia haitallisesti markkinoilla. Kun arvioidaan markkinavoimaa päivittäistavarakaupan alalla, ostajavoima hankintamarkkinoilla on hyvin merkityksellinen tekijä. Kilpailuviraston mukaan päivittäistavarakaupan markkinavoima on kasvanut suhteessa elintarviketeollisuuteen viime vuosina. Vahva ostaja voi esimerkiksi määrittää kuinka paljon hyllytilaa eri valmistajien tuotteet saavat tai estää tietyn valmistajan tuotteiden pääsyn jakeluun. Ostajavoiman avulla päivittäistavarakaupan toimijat voivat toimia kilpailulle haitallisesti suhteessa muihin elintarvikeketjun toimijoihin.¹²³

Ostajavoima on neuvotteluvoimaa, jota ostajalla on suhteessa myyjään.¹²⁴ Hallituksen esityksessä ostajavoima määritellään olosuhteeksi, ”jossa ostaja hankkii myyjän tuotannosta niin suuren osuuden, että myyjän edellytykset vaihtoehtoisten jakeluteiden käyttöön ovat rajalliset ja myyjälle aiheutuu toimitusten katkeamisesta suhteellisesti suurempi tappio kuin ostajalle.”¹²⁵ Ostajavoima voidaan nähdä päivittäistavarakaupassa ostajan ja myyjän väliseksi epäsymmetriseksi suhteeksi, joka johtuu suurimpien päivittäistavarakauppojen mahdollisuudesta neuvotella itselleen parempia ehtoja kuin mitä normaalissa kilpailutilanteessa olisi mahdollista. Esimerkkejä tällaisista ehdoista ovat

¹²¹ Daskalova 2012 s.1.

¹²² Björkroth – Frosterus – Kajova – Palo 2012 ss.100-101.

¹²³ HE 197/2012 s.17.

¹²⁴ Björkroth – Frosterus – Kajova – Palo 2012 s.67.

¹²⁵ HE 197/2012 s.10.

muun muassa halvemmat hinnat ja korkeammat alennukset tai muut sopimusvelvoitteet, joilla siirretään riskiä ostajalta tavarantoimittajalle.¹²⁶

Ostajavoima päivittäistavarakaupan markkinoilla johtuu päivittäistavarakaupan asemasta porttina kuluttajamarkkinoille. Tavarantoimittajat ovat riippuvaisessa suhteessa päivittäistavarakaupan toimijoihin kun ne haluavat saada tuotteensa kuluttajien saataville. Kun ostaja hallitsee merkityksellistä osaa niistä markkinoista, joilla myyjä tarjoaa tuotteitaan, on myyjä taloudellisesti riippuvainen ostajasta. Jos tavarantoimittajalla ei ole vaihtoehtoisia jakelukanavia tuotteilleen, on sen käytännössä välttämätöntä päästä sopimukseen päivittäistavarakaupan kanssa saadakseen tuotteensa markkinoille. Tällöin päivittäistavarakaupalle muodostuu hyvin vahvaa neuvotteluvoimaa suhteessa tuottajaan. Ostajavoimaa vahvistaa edelleen kaupan keskittymiskehitys ja omien tuotemerkkien kasvava osuus myynnistä.¹²⁷

Ostajavoimalla voi olla positiivisia tai negatiivisia vaikutuksia markkinoilla riippuen markkinoiden rakenteesta. Hankintamarkkinoiden ja vähittäiskaupan välisen keskinäisen suhteen takia ostajavoimalla voi olla vaikutuksia molemmilla markkinoilla. Jos vähittäismarkkinoilla on riittävästi kilpailua, ostajavoima voi toimia positiivisena vastavoimana suurille tavarantoimittajille. Tällöin ostajavoima voi johtaa alempiin hankintahintoihin, jotka johtavat alempiin hintoihin myös kuluttajille. Ostajavoimalla on kilpailun vastaisia vaikutuksia jos päivittäistavarakaupan markkinavoima estää tavarantoimittajilta saatujen hyötyjen siirtymisen kuluttajille. Vähittäiskaupassa ostajavoiman käyttö voi myös johtaa kilpailijoiden hankintahintojen nousuun ja näin nostaa alalle pääsyn esteitä uusille yrityksille. Se voi lisäksi johtaa markkinoiden edelleen keskittymiseen ja investointien sekä tuotekehityksen vähenemiseen markkinoilla.¹²⁸

Hallituksen esityksessä todetaan, että kahden suurimman päivittäistavarakaupan toimijan oma ostajavoima on niin vahva, ettei niiden kilpailijoiden tarjoamia jakeluteitä voida pitää sellaisina vaihtoehtoina tavarantoimittajille, että ne oleellisesti tasapainottaisivat suurten ryhmien ostajavoimaa.¹²⁹ Tästä voidaan päätellä, että tavarantoimittajat ovat riippuvaisessa suhteessa päivittäistavarakaupan suurimpiin toimijoihin nähden. Toisaalta kilpailuvirasto on selvityksessään todennut, että keskittynyt kauppa toimii vastavoi-

¹²⁶ Pera – Bonfitto 2011 s.414.

¹²⁷ Edilex Koulutus 2014.

¹²⁸ Competition Commission 2008 ss.11-12 ja Pera – Bonfitto 2011 s.415-416.

¹²⁹ HE 197/2012 s.22.

mana keskittyneelle tavarantoimittajaportaalle. Mikäli tavarantoimittajilla on markkina-voimaa, päivittäistavarakaupan ostajavoima voi toimia merkittävänä tasapainottavana voimana, joka estää hintojen nousun. Tällöin päivittäistavarakaupan ostajavoima voi hyödyttää kuluttajia.¹³⁰

On myös huomattava, että vahvan markkina-aseman saavuttaminen kilpailullisissa olosuhteissa kasvun avulla ei välttämättä ole ongelmallista. Se voi johtaa tehokkuusetiuihin, jotka hyödyttävät kuluttajia. Komissio toteaa, että ostajien keskittyminen hankintapuolella ei aina johda haittaan kuluttajille. Ostajavoima voi hyödyttää kuluttajia esimerkiksi silloin, kun ostajavoiman avulla saadut edut siirtyvät kuluttajille asti. Esimerkiksi suur-
tuotannon edut ja transaktiokustannusten pienentyminen yrityskoon kasvaessa johtavat yleensä kuluttajille halvempiin hintoihin.¹³¹

3.2.4 Ostajavoimaan suhtautuminen kilpailuoikeudessa

Aikaisemmin kilpailuviranomaiset eivät ole juuri kiinnittäneet huomiota ostajavoiman negatiivisiin vaikutuksiin. Pitkään vähittäiskaupan keskittymiskehitystä on arvioitu positiivisesti, koska sen on nähty parantavan suur-
tuotannon etuja ja pienentävän kuljetus- ja logistiikkakustannuksia. Tehottomien pienten yritysten kilpailu korvattiin tehokkailla suuryrityksillä ja niiden arvioitiin tuovan hyötyjä kuluttajille halvempina hintoina, parempana laatuna ja suurempana valikoimana. Ostajavoimalla tehokkaat suuryritykset voivat neuvotella parempia sopimuksia ja markkinavoiman puuttuessa vähittäiskaupassa nuo edut siirtyvät kuluttajille halvempina hintoina. Komissio ja jäsenmaiden kilpailuviranomaiset ovat usein arvioineet ostajavoiman tasapainottavana voimana määräävän aseman vahvistamista tai luomista vastaan.¹³²

Kilpailuoikeudessa ostajavoimaan voidaan lähtökohtaisesti puuttua vain mikäli vaikutukset näkyvät lopputuotemarkkinoilla ja ne vaikuttavat kuluttajan hyvinvointiin. Ostajavoimalla on vaikutuksia lopputuotemarkkinoille vain silloin, kun se yhdistetään markkinavoimaan vähittäiskaupassa.¹³³ Mikäli ostajavoimaa omaavalla yrityksellä ei ole merkittävää markkinavoimaa vähittäiskaupassa, ei se pysty kannattavasti pitämään hintoja kilpailullista tasoa korkeammalla. Tällöin myöskään kuluttajalle ei aiheudu haittaa. Yleensä ostajavoimaan on puututtu yhteisen määräävän aseman säännöstöllä tai talou-

¹³⁰ Björkroth – Frosterus – Kajova – Palo 2012 s.23.

¹³¹ KOM 2008 s.3 ja s.11.

¹³² Pera – Bonfitto 2011 s.416.

¹³³ Pera – Bonfitto 2011 s.416.

delliseen riippuvuuteen liittyvällä väärinkäytön kiellolla, josta on joissakin jäsenmaissa erityisiä säännöksiä.¹³⁴

Euroopan komissio on todennut, että vaikka nykyisin ostajavoima liitetään erityisesti vähittäiskauppaan, ostajavoimaan soveltuvat periaatteet tulisi olla sovellettavissa kaikilla kilpailuoikeuden alueilla. Periaatteiden ei tulisi koskea ainoastaan yhtä sektoria. Komissio toteaa, että ostajavoiman aiheuttamat ongelmat korostavat pienten tavarantoimittajien asemaa. Kilpailupoliittisessa mielessä on kysymys siitä, tulisiko kilpailua hankintamarkkinoilla suojella samassa mittakaavassa kuin kilpailua vähittäiskaupassa. Euroopan kilpailuoikeuden periaatteena on, että kilpailuoikeuden keskiössä on kuluttaja. Siksi perimmäinen painopiste on vähittäiskaupassa ilmenevissä, kuluttajille haitallisissa vaikutuksissa.¹³⁵

Määräävän markkina-aseman väärinkäytönkiellon avulla ostajavoiman väärinkäyttöön voidaan puuttua hyvin rajoitetusti. Ostajavoimalla ei ole haitallisia vaikutuksia kuluttajille, mikäli vähittäiskaupassa kilpailu on toimivaa. Siksi vähittäiskaupan kilpailumahdollisuuksien edistäminen voisi olla tehokkaampi keino kuin rajoitusten säättäminen markkinoilla jo oleville yrityksille. Jos päivittäistavarakaupan yritykset voisivat ostajavoimansa avulla tehdä edullisempia sopimuksia hankintamarkkinoilla ja päivittäistavarakaupan kilpailua lisättäisiin, kuluttajat hyötyisivät tästä halvempina hintoina.¹³⁶

Ostajavoiman aiheuttamat kilpailuongelmat syntyvät pitkälti hankintamarkkinoilla. Päivittäistavarakauppaa koskeva määräävän aseman väärinkäyttö voidaan todeta sekä vähittäismyynissä että hankintamarkkinoilla.¹³⁷ Kilpailuongelmat hankintamarkkinoilla ostajavoiman muodossa ovat usein epäreiluja sopimuskäytäntöjä. Näitä ovat ylimääräisten maksujen periminen tavarantoimittajilta esimerkiksi hyllymaksuina tai markkinointirahana. Muita epäsymmetriseen neuvotteluvoimaan liittyviä ongelmia on havaittu muun muassa riskinsiirtoina, valikoiman hallintaan liittyvinä ehtoina ja maksujen siirtämisenä hyvin myöhäiseen ajankohtaan.¹³⁸

Pelkkiä epäreiluja sopimuskäytäntöjä on vaikea arvioida kilpailuoikeuden kautta. Monet toimista ovat yksipuolisia, eikä niihin silloin voida soveltaa vertikaalisia sopimuksia

¹³⁴ Gianni, Origoni, Grippo & Partners 2010 ss.14-15.

¹³⁵ KOM 2008 s.2.

¹³⁶ Kuoppamäki 2003 ss.711-712.

¹³⁷ HE 197/2012 s.27.

¹³⁸ KOM 2013.

koskevia kilpailusääntöjä. Hyvän kauppataivan vastaisten käytäntöjen torjuminen ja kilpailulainsäädäntö ovat kaksi toisistaan eroavaa sääntelykokonaisuutta. Hyvän kauppataivan vastaiset käytännöt koskevat yritysten välisiä sopimussuhteita. Niihin voidaan puuttua esimerkiksi määräämällä sopimusehdoista. Merkitystä ei anneta markkinoilla ilmenneville kilpailuvaikutuksille. Kilpailulainsäädännön tavoitteena on sen sijaan suojella kilpailua markkinoilla markkinavoimatilanteissa.¹³⁹ Määräävän markkina-aseman arvioinnissa on kyse markkinavoimasta: yrityksen tulee pystyä toimimaan markkinoilla riippumattomasti. Epäsymmetriset kahdenväliset suhteet vähittäiskauppiaiden ja tavarantoimittajien välillä eivät yleensä indikoi määräävää asemaa kummillakaan markkinoilla. Lähinnä kyse on taloudellisesta riippuvuudesta.¹⁴⁰

3.3 Miten päivittäistavarakaupan ongelmiin on puututtu muissa jäsenmaissa

3.3.1 Taloudellinen riippuvuus

Pelkästään päivittäistavarakaupan markkinoita koskevaa sektorikohtaista lainsäädäntöä on EU:n jäsenmaissa vähän. Yleensä päivittäistavarakauppaa koskevan erityissääntelyn tarkoituksena on ollut hillitä ostajavoiman käyttöä hankintamarkkinoilla. Iso-Britanniassa on otettu esimerkiksi käyttöön erityiset käytännesäännöt ja asiamies, joka valvoo käytännesääntöjen noudattamista. Käytännesääntöjä sovelletaan Iso-Britannian kymmeneen suurimpaan päivittäistavarakauppaketjuun ja sääntöjen avulla pyritään varmistamaan, että ketjujen ja tavarantoimittajien välisissä sopimuksissa ei käytetä sopimattomia ehtoja.¹⁴¹ Latviassa taas on määräävää asemaa vähittäiskaupassa koskeva erityissäännös, jolla pyritään puuttumaan suurten yritysten haitalliseen ostajavoimaan jälkikäteen.¹⁴²

Päivittäistavarakaupan kilpailuongelmiin voidaan joissain jäsenvaltioissa puuttua taloudellisen riippuvuuden väärinkäyttökiellolla. On mahdollista, että yritys, joka ei ole määräävässä asemassa käyttää markkinavoimaansa haitallisesti suhteessa muihin markkinaosapuoliin. Taloudellisen riippuvuuden väärinkäyttö (abuse of economic dependence) liittyy yleensä tilanteisiin, joissa määräävää asemaa koskeva dominanssikynnys ei ylity. Esimerkiksi tapauksissa, joissa markkinoilla on useampi lähes samankokoinen yritys, vain suurin yritys voi olla kilpailuoikeudellisesti määräävässä asemassa. Tällöin yritykset voivat omata markkinavoimaa ja käyttää sitä väärin suhteessa kilpailijoihin ja asiak-

¹³⁹ KOM 2013 ss.11-12. s.23.

¹⁴⁰ Gianni, Origoni, Grippo & Partners 2010 s.14.

¹⁴¹ HE 197/2012 s.15.

¹⁴² Pozdnakova 2009 s.387.

kaisiin, mutta tähän ei voida 102 artiklan keinoin puuttua. Tapauksiin voidaan soveltaa taloudellisen riippuvuuden käsitettä.¹⁴³ Yhteisen määräävän aseman toteaminen voisi olla myös mahdollista, mutta sen soveltaminen edellyttää EU-tuomioistuimen käytännön mukaan niin tiivistä taloudellista yhteyttä yritysten välillä että edellytykset harvoin täyttyvät.¹⁴⁴

Taloudellista riippuvuutta koskevilla tapauksilla markkinavoimaa arvioidaan bilateraalissa suhteessa ostajien ja myyjien välillä. Väärinkäytön edellytyksenä on yleensä se, ettei riippuvaisella yrityksellä ole muita mahdollisuuksia ostaa tai myydä tuotteitaan markkinoilla. Mahdottomuus löytää vaihtoehtoisia jakelukanavia johtaa siihen, että yritys on riippuvaisessa asemassa suhteessa toiseen yritykseen. Riippuvuussuhde johtuu usein markkinoiden keskittymisestä tai myyjän ja ostajan välisestä erityisestä yhteydestä. Arvioinnissa merkitystä ei anneta markkinoiden rakenteelle tai kilpailutilanteelle.¹⁴⁵ Sääntelyä taloudellista riippuvuudesta on ainakin Saksassa, Ranskassa, Sveitsissä ja Italiassa.¹⁴⁶

Taloudellisen riippuvuuden väärinkäytöllä voidaan puuttua ostajavoiman väärinkäyttöön tilanteissa, joissa määräävän aseman edellytykset eivät täyty. Niissä maissa, joissa on taloudellista riippuvuutta koskevaa lainsäädäntöä, ostajavoiman väärinkäyttöön on helpompi puuttua. Esimerkiksi Saksan kilpailuoikeudessa on lähdetty siitä näkökulmasta, että myös yritykset, jotka eivät ole määräävässä asemassa, voivat haitata kilpailua omalla toiminnallaan. Markkinavoimaa voidaan käyttää kilpailulle haitallisesti vaikka se kohdistuisi vain tiettyyn yritykseen, eikä markkinoihin kokonaisuutena. Riippuvuus, toisin kuin määräävä asema, ei aina edellytä haittaa kilpailulle tai kuluttajille.¹⁴⁷

ICN:n raportin mukaan taloudellisen riippuvuuden ja määräävän aseman välinen teoreettinen suhde on epäselvä. Jäsenmaissa, joissa ei ole erityisiä säännöksiä koskien riippuvuutta, riippuvuuden väärinkäyttöön voidaan puuttua vain jos määräävän aseman edellytykset täyttyvät. EU-kilpailuoikeus ja Suomen kilpailuoikeus noudattavat tätä linjaa.¹⁴⁸ Kokkokris on esittänyt, että 102 artiklan soveltamiseen on tältä osin jäänyt aukko. Esimerkiksi markkinoiden toiseksi suurimmalla yrityksellä voi olla mahdollisuus

¹⁴³ Kokkokris 2010 s.22 ja ECN 2012 kohta 254.

¹⁴⁴ C-497/99 P Irish Sugar kohta 45.

¹⁴⁵ Källezi 2008 ss.61-70.

¹⁴⁶ HE 197/2012 ss. 14-15.

¹⁴⁷ ICN 2008 s.15 ja ss.22-23.

¹⁴⁸ ICN 2008 ss.27-29.

käyttää markkinavoimaansa haitallisesti, mutta siihen ei voida EU-kilpailuoikeuden keinovalikoimalla puuttua.¹⁴⁹

Euroopan komissio on julkaissut vuonna 2013 vihreän kirjan hyvän kauppataivan vastaisista käytännöistä yritysten välisessä elintarvike- ja non-food-toimitusketjussa. Siinä käsitellään erilaisia sopimattomiksi koettuja käytäntöjä tavarantoimittajien ja ostajien välillä. Monet käytännöistä ovat samoja ongelmia kuin mitä Suomen päivittäistavara-kauppaa koskevassa selvityksessä on tullut esille. Komissio huomauttaa, etteivät hyvän kauppataivan vastaiset käytännöt kuulu yleensä kilpailuoikeuden soveltamisalaan, koska kilpailuoikeuden tarkoituksena ei ole puuttua yksittäisten liikesuhteiden tasapuolisuuteen.¹⁵⁰ Kesällä 2014 komissio antoi tiedonannon, jolla se pyrkii puuttumaan hyvän kauppataivan vastaisiin käytäntöihin elintarvikeketjussa. Pyrkimyksenä on EU:n laajuisen kehyksen luominen epäreilujen käytäntöjen torjumiseksi. Ensisijaisina toimenpiteinä komissio ehdottaa vapaaehtoisten käytännönsäntöjen tukemista, alaa koskevien periaatteiden määrittelemistä EU:n laajuisesti ja tehokkaan täytäntöönpanon varmistamista kansallisella tasolla.¹⁵¹

3.3.2 Latvian vähittäiskauppaa koskeva sääntely

Latvian kilpailulaissa on erityissäännös, joka koskee vähittäiskauppaa. Se tuli voimaan vuonna 2008, ja sen tarkoituksena on suojella tuottajia ja tavarantoimittajia vähittäiskaupan suurten toimijoiden ostajavoimalta.¹⁵² Tarve erillisellä säännöksellä perusteltiin sillä, että vaikka päivittäistavara-kaupan toimija ei olisi 102 artiklan mukaisessa määrävässä asemassa, voi sillä silti olla mahdollisuus käyttää ostajavoimaansa haitallisesti kilpailuoikeuden tavoitteisiin nähden. Määräävää asemaa koskevien yleisten säännösten ei katsottu olevan riittäviä, koska yhdelläkään päivittäistavara-kaupan toimijalla ei Latviassa ollut lain edellyttämää määräävää asemaa. Määräävän aseman ja vähittäiskaupan määräävän aseman väärinkäyttöä koskevat säännökset ovat hyvin lähellä toisiaan. Vähittäiskauppaa koskevaa säännöstä voidaan kuitenkin soveltaa myös oligopolimarkkinoihin, joilla toimii useampi lähes samankokoinen yritys.¹⁵³

Latviassa suurten vähittäiskaupan toimijoiden markkinaosuudet ovat yleisesti matalammat kuin EUT:n määräävää asemaa koskevassa oikeuskäytännössä omaksumat

¹⁴⁹ Kokkokris 2010 ss.1-2.

¹⁵⁰ KOM 2013 s.14.

¹⁵¹ KOM 2014.

¹⁵² HE 197/2012 s.15.

¹⁵³ Pozdnakova 2009 s.387.

markkinaosuusrajat. Latviassa vähittäiskaupan toimijalle ei ole asetettu markkinaosuusrajaa, joka määrittäisi määräävän aseman olemassaolon. Lain aikaisempi luonnos oli sisältänyt vähintään 25 prosentin markkinaosuusrajan, jonka katsottaisiin osoittavan merkittävää markkinavoimaa. Markkinaosuusrajaa kuitenkin kritisoiitiin ja siitä luovuttiin lopullisessa versiossa.¹⁵⁴ Säännöstä on toisaalta myös kritisoitu siitä, ettei siinä ole määritelty helposti laskettavaa rajaa määräävälle asemalle, vaan jokaisessa tapauksessa edellytetään taloustieteellistä ja oikeudellista analyysia markkinavoiman olemassaolosta. Tällainen selvitysprosessi on aikaa vievää, eikä se voi taata nopeaa ratkaisua väärinkäytöstä kärsivälle yritykselle.¹⁵⁵

Vähittäiskaupan määräävä markkina-asema Latvian lainsäädännössä perustuu ostaja-voimaan ja kauppakumppanien ja tuottajien riippuvuuteen. Määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on mahdollisuus suoraan tai epäsuorasti määrätä ehtoja tai hintoja, jotka ovat epäoikeudenmukaisia tai perusteettomia. Sillä on mahdollisuus haitata, rajoittaa tai vaikuttaa kilpailuun markkinoilla.¹⁵⁶ Vähittäiskaupassa määräävän aseman toteamiseen yrityksen ei tarvitse omata merkittävää markkinavoimaa suhteessa kilpailijoihin tai kuluttajiin. Riittävää on, että markkinavoimaa on suhteessa kauppakumppaneihin.¹⁵⁷

Vähittäistavarakaupan säännöstä on Latviassa sovellettu useasti. Esimerkiksi vuonna 2012 Latvian kilpailuviranomainen määräsi merkittävät sakot suurelle vähittäiskaupan toimijalle, AS Drogasille. AS Drogas on suurin terveys- kauneus- ja kodintarvikkeiden vähittäismyyjä Latvian markkinoilla. Latvian kilpailuviranomaisen mukaan yritys oli käyttänyt määräävää asemaansa väärin ja toiminnallaan aiheuttanut riippuvaisessa asemassa olevan tavarantoimittajan konkurssin. Ratkaisun mukaan AS Drogas oli muun muassa perusteettomasti palauttanut myymättömät tuotteet tavarantoimittajalleen ja näin siirtänyt tappiot niiden vastattavaksi. Yritys myös käytti perusteettomia alennuksia, markkinointirahoja ja kohtuuttomia sopimussakkoja liiketoiminnassaan. AS Drogas velvoitettiin poistamaan epäreilut sopimusehdot kaikista sen ja tavarantoimittajien välisistä sopimuksista.¹⁵⁸ Muissa Latvian kilpailuviranomaisen käsittelemissä tapauksissa

¹⁵⁴ Pozdnakova 2009 ss.387-390.

¹⁵⁵ ECN 2011.

¹⁵⁶ Pozdnakova 2009 s.387.

¹⁵⁷ Competition Council 2014.

¹⁵⁸ Competition Council 2014.

on yleensä ollut kyse perusteettomien maksujen ja alennuskäytäntöjen käytöstä tai koh-tuuttoman pitkien maksuaikojen vaatimisesta.¹⁵⁹

Latvian kilpailulakia ollaan parhaillaan uudistamassa kokonaisuudistuksella. Samalla vähittäiskaupan kilpailua koskevaa normistoa ollaan muuttamassa. Lakiluonnos, joka kieltää epäreilut ehdot vähittäiskaupassa, on parhaillaan parlamentin käsittelyssä. Sen arvioidaan tulevan voimaan vuoden 2015 alusta. Uusi säännös korvaa määräävää ase-maa vähittäiskaupassa koskevan säännöksen kokonaisuudessaan ja sen soveltamisala laajenee. Uusi säännös kieltää kaikilta yrityksiltä sellaisen toiminnan, joka siirtää riskiä vähittäiskaupalta tuottajille ja lisää niiden velvollisuuksia tai rajoittaa toimintaa markki-noilla sopimattomasti. Uusi laki kieltäisi tietyt sopimusehdot ja epäreilut kauppatavat kaikilta vähittäiskaupoilta, riippumatta niiden asemasta markkinoilla. Laki soveltuisi myös kaikkiin tuottajiin ja tavarantoimittajiin. Kiellettyjä olisivat esimerkiksi hyllymak-sut, sopimusmaksut, takaisinostoehdot ja epäreilut sopimussakot sekä perusteettoman pitkät maksuajat.¹⁶⁰

Uusi säännös soveltuu siis kaikkeen vähittäiskaupan ja tuottajien väliseen toimintaan. Merkitystä ei enää anneta yritysten asemalle markkinoilla, vaan määräykset koskevat tasapuolisesti kaikkia toimijoita. Vaikka Latvian säännöksen soveltamisala on laajempi kuin aikaisemmin, käytännössä esiin tulevat ongelmat vaativat vähittäistavarakaupan toimijalta markkinavoimaa, koska muussa tapauksessa sen olisi mahdotonta asettaa epä-reiluja ehtoja sopimuskumppaneilleen. Lain tavoitteet huomioiden Latvian lainsäädäntö on lähellä useassa muussa EU-maassa sovellettavaa taloudellisen riippuvuuden doktri-i-nia.

¹⁵⁹ ECN 2011.

¹⁶⁰ Latvian Competition Law Newsflash 2014.

4 MARKKINAVOIMAN EPÄSUORA MITTAAMINEN

4.1 Relevantit markkinat

4.1.1 Merkitys määrävän aseman arvioinnissa

Relevanttien markkinoiden määrittely on välttämätön edellytys määrävän aseman selvittämiseksi. Relevantit markkinat muodostavat kehykset, joissa kilpailuoikeudellisen toiminnan arviointi tapahtuu.¹⁶¹ Markkinoiden määrittelyn avulla selvitetään yritysten markkinavoiman astetta ja yritysten välisiä kilpailunrajoituksia.¹⁶² Kyse on siitä, mitkä tuotteet kilpailevat tai voivat kilpailla keskenään samoilla markkinoilla. Relevanttien markkinoiden määrittelyyn sovellettavat periaatteet ovat syntyneet EU-oikeuskäytännössä.¹⁶³ Euroopan komissio on antanut tiedonannon merkityksellisten markkinoiden määritelmästä, joka pitkälti noudattaa oikeuskäytännössä vakiintuneita periaatteita. Tiedonannossaan komissio antaa käsitteelliset kehykset relevanteista markkinoista ja esittää tekniikoita, joita käytetään markkinoiden määrittelyssä.¹⁶⁴

Tiedonannossaan komissio toteaa markkinoiden määrittelyn merkityksestä:

Markkinoiden määrittely on väline, jonka avulla tunnistetaan ja määritellään yritysten välisen kilpailun rajat. Sen avulla voidaan luoda puitteet, joiden rajoissa komissio soveltaa kilpailupolitiikkaa. Markkinoiden määrittelyn päätavoite on selvittää järjestelmällisesti asianosaisten yritysten kohtaamat kilpailurajoitukset. Määrittelemällä markkinat sekä tuotteen että maantieteellisen ulottuvuuden kannalta pyritään saamaan selville asianosaisten yritysten sellaiset todelliset kilpailijat, jotka voivat rajoittaa yritysten käyttäytymistä ja estää niitä käyttäytymästä todellisista kilpailupaikista riippumattomasti.¹⁶⁵

Relevanteilla markkinoilla on kaksi ulottuvuutta: relevantit hyödykemarkkinat ja relevantit maantieteelliset markkinat. Relevantit markkinat ja kilpailuolosuhteet arvioidaan aina tapauskohtaisesti. Aiemmissa tapauksissa tehtyjä markkinamäärittelyjä ei voida hyödyntää myöhempien tapausten käsittelyssä, vaan jokainen yksittäistapaus selvitetään erikseen.¹⁶⁶ Markkinamäärittely voi vaihdella muun muassa asiayhteydestä riippuen ja määrittely voi olla erilainen eri tapauksissa, vaikka kyse olisi samasta toimialasta.¹⁶⁷

¹⁶¹ Bellamy – Child 2008 s.240.

¹⁶² Whish – Bailey 2012 s.28.

¹⁶³ Leivo – Leivo – Huimala – Huimala 2012 ss.59-60.

¹⁶⁴ KOM 1997.

¹⁶⁵ KOM 1997 kohta 2.

¹⁶⁶ Yhdistetyt asiat T-125/97 ja T-127/97 Coca-Cola Company kohdat 81-82.

¹⁶⁷ Bellamy – Child 2008 s.252 ja Yhdistetyt asiat T-125/97 ja T-127/97 Coca-Cola Company kohta 82.

Tuotteiden sijoittumista samoille markkinoille mitataan niin kutsutulla SSNIP-testillä. Sen avulla tarkastellaan johtaisiko tietyn tuotteen 5-10 prosentin hinnankorotus korvaaviin tuotteisiin siirtymiseen siinä määrin, että hinnankorotus olisi kannattamatonta.¹⁶⁸ Kyse on kysynnän ristijoustosta, joka ilmaisee kuinka läheisiä substituuotteja kaksi tuotetta ovat toisilleen ja kuinka merkittävästi ne kilpailevat keskenään.¹⁶⁹

Relevantteja hyödykemarkkinoita määriteltäessä selvitetään mitkä tavarat tai palvelut ovat asiakkaiden kannalta ominaisuuksiltaan niin samanlaisia, että niitä voidaan pitää toisiaan korvaavina hyödykkeinä. Ratkaisevia tekijöitä ovat tuotteen hinta, ominaisuudet ja käyttötarkoitus.¹⁷⁰ Huomioon otetaan sekä kysynnän että tarjonnan korvaavuus. Kysynnän korvaavuudessa selvitetään sitä, miten helposti kauppakumppanit voivat siirtyä käyttämään korvaavia hyödykkeitä tai hankkia tuotteita muualta. Tarjonnan korvaavuus liittyy siihen kuinka nopeasti ja helposti muut yritykset voivat valmistaa kilpailevia hyödykkeitä ja saattaa näitä markkinoille.¹⁷¹

Relevantteja maantieteellisiä markkinoita määriteltäessä tarkastellaan sitä maantieteellistä aluetta, jolla yritykset kilpailevat keskenään ja kilpailuolosuhteet ovat objektiivisesti samat kaikille myyjille. Joitakin tuotteita voidaan helposti myydä maailmanlaajuisesti, kun taas toisien tuotteiden markkinat rajautuvat alueellisesti kustannuksellisista, teknisistä tai oikeudellisista syistä. Huomio kiinnitetään tosiasiallisen vaihdannan laajuuteen.¹⁷² Merkityksellisten maantieteellisten markkinoiden määrittelyssä voidaan ottaa huomioon monenlaisia tekijöitä: kysynnän rakenne, asiakkaiden ja kilpailijoiden näkemys, vallitseva maantieteellinen myyntialue, kauppavirrat ja tavarantoimitukset sekä esteet ja vaihtokustannukset.¹⁷³ Fyysisille tuotteille kuljetuskustannukset ovat merkittävän maantieteellisiä markkinoita rajaava tekijä.¹⁷⁴

Markkinavoiman arvioinnissa relevanttien markkinoiden määrittelyn tärkeys korostuu. Markkinamäärittelyllä voidaan vaikuttaa arvioidun markkinavoiman suuruuteen. Määrittelyn avulla selvitetään markkinoilla toimivat tavarantoimittajat, asiakkaat ja kulutta-

¹⁶⁸ KKV: Määrävän markkina-aseman väärinkäyttö.

¹⁶⁹ Kuoppamäki 2003 s.307.

¹⁷⁰ KOM 1997 kohta 7 ja Kuoppamäki 2012 s.217.

¹⁷¹ Kuoppamäki 2003 s.308.

¹⁷² KOM 1997 kohta 8 ja Kuoppamäki 2012 ss.221-222.

¹⁷³ Whish – Bailey 2012 s.41.

¹⁷⁴ Geradin – Layne-Farrar – Petit 2012 ss.180-181.

jat. Niiden perusteella lasketaan markkinoiden koko ja yritysten markkinaosuudet.¹⁷⁵ Markkinaosuus on tärkein markkinavoimaa indikoiva tekijä ja sitä arvioidaan aina alueellisesti rajatuilla hyödykemarkkinoilla. Mikäli markkinamäärittely on tehty virheellisesti, liian suppeasti tai liian laajasti, markkinaosuus ei kerro yrityksen todellisesta markkinavoiman asteesta. Relevanttien markkinoiden määrittelemisellä onkin usein ratkaiseva vaikutus kilpailuasian arviointiin.¹⁷⁶ Liian kapea markkinamäärittely voi johtaa korkeiden markkinaosuuksien toteamiseen. Tällöin yrityksen markkinaosuus voi olla merkittävä ja määräävää asemaa indikoiva, vaikka tosiasiallisesti yrityksellä ei olisi markkinavoimaa. Pieniä ja kapeita markkinoita hallitseva yritys voi tosiasiallisesti olla riippuvainen jostain markkinaosapuolesta, jolloin se ei hallitse markkinoita, vaikka markkinaosuus rajatuilla markkinoilla olisikin hyvin merkittävä.¹⁷⁷ Toisaalta liian laava markkinamäärittely voi jättää yrityksen väärinkäyttövalvonnan ulkopuolelle ja antaa sille mahdollisuuden toimia haitallisesti markkinoilla.¹⁷⁸ Tällöin todellinen kilpailuongelma voi jäädä huomiotta.

4.1.2 Relevantit markkinat päivittäistavarakaupassa

Relevanttien markkinoiden määrittely uudessa päivittäistavarakaupaa koskevassa säännöksessä poikkeaa merkittävästi vakiintuneesta tavasta määrittää markkinat. Hallituksen esityksen mukaan:

Määräävä markkina-asema katsotaan olevan sellaisilla päivittäistavarakaupan toimijoilla, joiden markkinaosuus valtakunnallisesta päivittäistavarakaupan vähittäismyynnistä on vähintään 30 prosenttia. Tämä tarkoittaa, että yksittäisen kilpailunrajoitusepäilyn tutkinnassa ei määritellä tavanomaiseen tapaan relevantteja hyödykemarkkinoita määräävän aseman toteamisesta varten, vaan tässä suhteessa riittää sen selvittäminen, ylittyykö 30 prosentin markkinaosuusraja.¹⁷⁹

Näin ollen määräävän aseman toteamisessa päivittäistavarakaupan markkinoilla ei suoriteta perinteistä relevanttien markkinoiden määrittelyä, vaan määrittely on jo tehty valmiiksi lainsäädännössä. Markkinaosuusraja koskee päivittäistavarakaupan vähittäis-

¹⁷⁵ KOM 1997 kohta 53.

¹⁷⁶ KOM 1997 kohta 4.

¹⁷⁷ Virtanen 2001 s.407.

¹⁷⁸ Bellamy – Child 2008 ss.241-242.

¹⁷⁹ HE 197/2012 s.8.

myyntiä, mutta mahdollinen väärinkäyttö voidaan todeta vähittäismyynissä ja hankintamarkkinoilla.¹⁸⁰

Hallituksen esityksessä todetaan, että mainittu markkinamäärittely ei kuitenkaan estä Kilpailu- ja kuluttajavirastoa määrittämästä yksittäistapauksessa markkinoita valtakunnallisia markkinoita suppeammalta alueelta.¹⁸¹ Mikäli yksittäistapauksessa markkinat määritellään suppeammalta alueelta, ei päivittäistavarakauppaa koskeva erityissäännös tule sovellettavaksi, koska sitä sovelletaan ainoastaan valtakunnalliseen päivittäistavarakaupan vähittäismyyntiin. Tällöin sovelletaan yleistä määräävän markkina-asemaa koskevaa säännöstöä. Eli tilanteessa, jossa päivittäistavarakaupan toimijan epäillään syyllistyneen määräävän aseman väärinkäyttöön tietyllä alueella, markkinamäärittely tehdään vakiintuneen käytännön mukaan tapauskohtaisesti.

Päivittäistavarakaupan maantieteellisiä markkinoita voidaan tarkastella valtakunnallisesti tai paikallisesti. Vähittäismyyntimarkkinoilla päivittäistavarakaupassa on kaksi ulottuvuutta. Toisaalta kuluttajien kysyntä on paikallista ja siitä johtuen paikallinen keskittyminen ja markkinoille pääsy määrittävät kuluttajien valintamahdollisuudet. Toisaalta kilpailu on myös kansallista kun päivittäistavaraketjut toimivat valtakunnallisesti ja niiden keskusyksiköt vastaavat muun muassa ostoehdoista, mainostamisesta ja kuljetuskustannuksista.¹⁸² Kaupparyhmien myymälöissä käytetään samankaltaisia kilpailukeinoja esimerkiksi markkinoinnin ja hinnoittelun suhteen, joka osaltaan yhtenäistää kunkin ryhmän toimintaa.¹⁸³ Päivittäistavarakaupan määräävää asemaa koskeva pykälä koskee ainoastaan valtakunnallisia päivittäistavarakaupan markkinoita ja näin ollen kaupparyhmien keskusliikkeitä.

Hallituksen esityksen mukaan ”Kilpailuvirasto on ratkaisukäytännössään katsonut, että päivittäistavaroiden vähittäismyynnillä tarkoitetaan yleisesti päivittäistavaroiden koko sortimentin valikoimaa myyvää, pääasiassa itsepalveluperiaatteella toimivaa päivittäistavaramyymälää”. Esityksessä todetaan, että päivittäistavarakaupan kilpailu käydään pääosiltaan suurten kaupparyhmittymien välillä ja toisaalta niiden myymälöiden välillä, jotka tarjoavat kuluttajille niin laajan tuotevalikoiman, että he pystyvät ostamaan suurimman osan päivittäin tarvitsemistaan hyödykkeistä sieltä. Näin ollen päivittäistavaro-

¹⁸⁰ HE 197/2012 s.28.

¹⁸¹ HE 197/2012 s.8.

¹⁸² Pera – Bonfitto 2011 s.415.

¹⁸³ HE 197/2012 s.8.

den katsotaan muodostavan oman relevantin hyödykemarkkinansa. Päivittäistavarakaupan markkinoihin ei lueta kioskeja, huoltoasemamyymälöitä, erikoismyymälöitä tai toreja. Niiden katsotaan vain täydentävän päivittäistavarakaupan myyntiä, koska tuotevalikoima ja palvelutaso ovat suppeampia.¹⁸⁴

Suomen päivittäistavarakaupan hankintamarkkinoiden on katsottu olevan tiiviissä yhteydessä vähittäiskaupan markkinoihin. Suurimmat vähittäiskaupan toimijat ovat integroituneet vertikaalisesti hankintamarkkinoille ja markkinoiden välillä vallitsee selkeä riippuvuus.¹⁸⁵ Vähittäismarkkinoilla toimivien yritysten asema heijastaa niiden asemaa ostajina hankintamarkkinoilla. Markkinavoimaa vähittäiskaupassa omaavalla yrityksellä on yleensä vahva asema myös hankintamarkkinoilla. Toisaalta markkinavoima hankintamarkkinoilla ei automaattisesti tarkoita että yrityksellä olisi merkittävää markkinavoimaa myös vähittäiskaupassa. Hankintamarkkinat arvioidaan yleensä alueellisiksi tai kansallisiksi, johtuen erilaisista kuluttajien preferensseistä ja kaupallisista strategioista.¹⁸⁶

Elinkeinoelämän keskusliitto ry on antamassaan lausunnossa kritisoinut markkinoiden määrittelyä lainsäädännössä. EK korostaa, että markkinat ja toimialat elävät jatkuvasti, eikä niitä voida määritellä lainsäädännössä tarkkarajaisesti. Kilpailusäätelyssä ei tulisi määritellä eri toimialojen tunnusmerkistöjä, koska määräävän aseman sääntelyn kohteena on yritys, eikä toimiala.¹⁸⁷

4.2 Markkinaosuus tärkeimpänä määräävää asemaa osoittavana tekijänä

4.2.1 Korkeat markkinaosuudet ja presumptio määräävästä asemasta

Relevanttien markkinoiden määrittelyn jälkeen seuraava askel määräävän aseman arvioinnissa on määrittää epäillyn määräävässä asemassa olevan yrityksen markkinavoiman aste. Yrityksen markkinaosuutta arvioidaan osana markkinavoiman arviointia. Riittävän suurta markkinaosuutta pidetään yleensä määräävän markkina-aseman edellytyksenä. Mitä suurempi markkinaosuus yrityksellä on, sitä todennäköisemmin se voi toimia riippumattomasti markkinoilla ja haitata niiden toimintaa. Riippumattomuus kilpailusta ja toisaalta asiakkaiden riippuvuus yrityksestä muodostavat arvioinnin pohjan.¹⁸⁸ Arvioin-

¹⁸⁴ HE 197/2012 ss.7-8.

¹⁸⁵ HE 197/2012 s.18.

¹⁸⁶ Competition Commission 2008 ss.82-83.

¹⁸⁷ EK 2012.

¹⁸⁸ Mononen 1995 s.46 ja s.50.

nin lähtökohdaksi otetaan yrityksen markkinaosuus, mutta se ei kuitenkaan ole ratkaiseva tekijä. Lopputulos perustuu aina kokonaisarvioon.¹⁸⁹

Komissio on todennut markkinaosuuden merkityksestä:

Markkinaosuudet ovat komissiolle ensimmäinen osoitus markkinarakenteesta ja markkinoilla toimivien eri yritysten suhteellisesta merkityksestä. Komissio tulkitsee kuitenkin markkinaosuuksia markkinaolosuhteiden ja erityisesti markkinadynamiikan perusteella ottaen huomioon, missä määrin tuotteet on erilaistettu.¹⁹⁰

Markkinaosuus määritellään yrityksen hallussa olevaksi prosenttiosuudeksi jonkin tuotteen kokonaismarkkinoista. Markkinaosuudet kuvaavat markkinoilla toimivien yritysten myyntiä suhteessa toisiinsa. Markkinaosuuksiin perustuvan arvioinnin etuna on se, että se on yksinkertaisempaa kuin muiden markkinarakennetta kuvaavien tekijöiden arviointi. Markkinaosuudet ovat suhteellisen helppo laskea ja niitä koskeva informaatio on helposti saatavilla.¹⁹¹ Hallituksen esityksessä todetaan, että päivittäistavarakaupan markkinaosuuksien laskennassa otetaan huomioon kaikkien ryhmään kuuluvien yksiköiden päivittäistavaroiden vähittäismyynti.¹⁹²

Taloustieteessä markkinaosuuksien laskeminen liikevaihdon (markkinoilla olevien yritysten myynti suhteessa sektorin kokonaismyyntiin) kautta on osoittautunut luotettavimmaksi markkinavoiman mittaamistavaksi. Markkinaosuus voidaan laskea myyntimäärän tai myyntiarvon perusteella. Ennen kuin markkinaosuus voidaan laskea, relevantit markkinat on määriteltävä. Tämän jälkeen verrataan koko markkinoiden myyntimäärää tai -arvoa sillä toimivien yritysten myyntimääriin- tai arvoihin. Näin saadaan laskettua kunkin yrityksen suhteellinen markkinaosuus relevanteilla markkinoilla.¹⁹³

Markkinaosuus voidaan laskea myyntimäärän tai myyntiarvon perusteella. Mikäli myyntimäärän ja myyntiarvon perusteella lasketut markkinaosuudet eroavat merkittävästi toisistaan, komissio antaa etusijan sille metodille, joka paremmin kuvaa yrityksen markkinavoimaa markkinoilla. Komissio on ottanut kannan, että myyntiarvon perus-

¹⁸⁹ Whish – Bailey 2012 ss.180-181 ja KKV: Määräävän markkina-aseman väärinkäyttö.

¹⁹⁰ KOM 2009a kohta 13.

¹⁹¹ Leivo – Leivo – Huimala – Huimala 2012 s.699-700.

¹⁹² HE 197/2012 s.23.

¹⁹³ Geradin – Layne-Farrar – Petit 2012 s.87.

teella laskettu markkinaosuus on hyödyllisempi laskentametodi silloin, kun kyseessä on erilaistetut tuotteet, joiden hinnoissa on merkittäviä eroja.¹⁹⁴

EUT on oikeuskäytännössään antanut paljon merkitystä markkinaosuuksille. Korkeat markkinaosuudet ovat itsessään jo hyvin vahva indisio määräävästä asemasta. Mitä suurempi markkinaosuus yrityksellä on, sitä todennäköisemmin sen katsotaan olevan määrävässä asemassa.¹⁹⁵

Euroopan komissio on todennut tiedonannossaan, että:

Kokemus on osoittanut, että mitä suurempi markkinaosuus on ja mitä kauemmin yritys on säilyttänyt sen, sitä todennäköisemmin markkinaosuus on tärkeä alustava osoitus määrävästä asemasta ja tietyissä tapauksissa väärinkäytön mahdollisista vakavista vaikutuksista ja sen vuoksi peruste komission 82 artiklan mukaisille toimille.¹⁹⁶

Mitä suurempi markkinaosuus yrityksellä on ja mitä kauemmin se on pysynyt, sitä enemmän painoarvoa annetaan markkinaosuuksille ja sitä vähemmän tarvitaan näyttöä muista markkinavoimaa osoittavista seikoista. Tämä käy ilmi EUT:n varhaisesta tapauksesta Hoffmann-La Roche. Tapauksessa EUT käsitteli markkinaosuuksien merkitystä useilla eri markkinoilla. Mitä pienempi markkinaosuus oli, sitä suurempi merkitys annettiin muille markkinoiden erityispiirteille. Määrävää asemaa vahvistavina piirteinä pidettiin muun muassa markkinoiden kapeutta ja oligopolistisuutta, kilpailijoiden kokoa ja yrityksen teknologista etumatkaa kilpailijoihin nähden. Yli 65 prosentin markkinaosuuden katsottiin jo sinällään osoittavan määrävän aseman olemassaolon. Markkinaosuudet, jotka olivat 20 ja 40 prosentin välillä eivät olleet yksinään riittävä osoitus määrävästä asemasta. Tapauksessa omaksuttiin tulkinta, jonka mukaan suuri markkinaosuus itsessään luo oletettaman määrävän asemasta. EU:n oikeuskäytännössä viitataan usein kyseiseen tapaukseen, jossa 70-90 prosentin markkinaosuuksien katsottiin olevan itsessään todiste määrävästä markkina-asemasta. Tuomioistuimien totesi tapauksessa myös alalle pääsyn esteiden olleen korkeita.¹⁹⁷ Kun yrityksellä on yli 70 prosentin markkinaosuus, se on välttämättä ainakin kaksi kertaa suurempi kuin sen lähin kilpailija. Näin korkealla markkinaosuudella on hyvin vaikeaa näyttää toteen ettei määrävää asemaa

¹⁹⁴ 93/252/EEC Warner-Lambert/Gillette kohta 22.

¹⁹⁵ Jones – Sufin 2011 ss.326-327.

¹⁹⁶ KOM 2009a kohta 15.

¹⁹⁷ 85/76 Hoffmann-La Roche kohdat 50-52 ja 57-63.

ole. EUT:n käytännössä ei ole toistaiseksi ollut yhtään tapausta, jossa yli 70 prosentin markkinaosuudella yritys ei olisi ollut määräävässä asemassa.¹⁹⁸

Tapauksessa Akzo EUT selvensi mitä tarkoitetaan erittäin suurilla markkinaosuuksilla. 50 prosentin markkinaosuus loi oletettaman määräävästä asemasta, paitsi erittäin poikkeuksellisissa tapauksissa.¹⁹⁹ Yli 50 prosentin markkinaosuus on itsessään todiste määräävästä markkina-asemasta. Määrävä asema on oletettava, jonka yritys voi kumota antamalla näyttöä markkinavoiman puuttumisesta. Näyttötaakka määräävän aseman puuttumisesta on 50 prosentin markkinaosuuden ylittävällä yrityksellä. Esimerkiksi jos markkinoilla on lähes samankokoinen kilpailija, ei yritys todennäköisesti ole määräävässä asemassa. Yritys ei voi tällöin toimia riippumattomasti suuresta markkinaosuudesta huolimatta.²⁰⁰

Viime aikoina EU:n kilpailuoikeudessa on alettu painottaa yhä enemmän vaikutusarvioinnin merkitystä. Painopistettä on siirretty tapauskohtaiselle taloustieteelliselle kilpailuvaikutusten arvioinnille. Kirjallisuudessa on arvioitu, että komission määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä koskevassa tiedonannossa ei viitata vakiintuneeseen Akzo:n 50 prosentin markkinaosuusolettamaan siitä syystä, että määräävän markkina-aseman arvioinnissa halutaan korostaa tapauskohtaisen arvioinnin merkitystä. Kroesin mukaan erityisesti oletamat ja markkinaosuusrajat voivat johtaa markkinaosuuksien liialliseen korostamiseen. Markkinaosuuden tulisi toimia osoituksena määräävästä asemasta, mutta viime kädessä täydellinen taloustieteellinen arviointi tilanteesta on aina tarpeen.²⁰¹

4.2.2 Voiko 30 prosentin markkinaosuudella olla määräävässä asemassa?

EU-oikeuskäytännössä ei ole määritelty markkinaosuusrajaa, jonka alapuolella yritys ei voisi olla määräävässä asemassa.²⁰² Lähtökohtaisesti artiklan 102 soveltamiseen tarvitaan kuitenkin kohtuullisen suuri markkinaosuus. Poikkeuksellisissa olosuhteissa, joista tärkeimmäksi on muodostunut taloudellinen riippuvuus, myös suhteellisen matala markkinaosuus voi johtaa määräävän aseman toteamiseen. EU-tuomioistuin on puuttunut markkinavoimaan alhaisilla markkinaosuuksilla kuitenkin vain hyvin poikkeukselli-

¹⁹⁸ Jones – Sufin 2011 s.327-328.

¹⁹⁹ C-62/86 Akzo kohta 60.

²⁰⁰ Jones – Sufin 2011 s.328.

²⁰¹ Kroes 2005.

²⁰² Jones – Sufin 2008 s.283.

sesti.²⁰³ Komission mukaan alle 40 prosentin markkinaosuudella määräävä asema ei ole todennäköinen, koska alhaisen markkinaosuuden voidaan yleensä katsoa olevan luotettava merkki huomattavan markkinavoiman puuttumisesta. Poikkeukselliset syyt voivat kuitenkin johtaa siihen, että yrityksen katsotaan olevan määräävässä asemassa myös alle 40 prosentin markkinaosuudella. Edellytyksenä on, etteivät kilpailijat voi rajoittaa yrityksen käyttäytymistä tehokkaasti.²⁰⁴

Mikäli yrityksen markkinaosuus on alle 50 prosenttia, muiden määräävää asemaa vahvistavien tekijöiden merkitys kasvaa. Mitä pienempi markkinaosuus yrityksellä on, sitä enemmän painoa annetaan muille tekijöille, kuten alalle pääsyn esteille.²⁰⁵ Markkinaosuus ei tällöin yksinään ole riittävä osoitus määräävän markkina-aseman olemassaolosta.²⁰⁶ Oikeuskäytännössä on vain yksi tapaus, jossa määräävä markkina-asema on todettu alle 40 prosentin markkinaosuudella. Tällöinkin yrityksen markkinaosuus oli 39,7 prosenttia. Tapauksessa kilpailijat olivat merkittävästi pienempiä kuin määräävässä markkina-asemassa ollut yritys ja asiakkaat olivat huomattavan riippuvaisia yrityksestä.²⁰⁷

Markkinaosuus, joka on 5-10 prosenttia, lähtökohtaisesti sulkee pois määräävän markkina-aseman olemassaolon.²⁰⁸ EU-tuomioistuimen mukaan poikkeuksellisissa olosuhteissa alle 10 prosentin markkinaosuuskin voi johtaa määräävään asemaan.²⁰⁹ Tästä voidaan päätellä ettei EUT ole halunnut asettaa minkäänlaista markkinaosuuden alarajaa määräävän aseman toteutamiselle, vaan korostaa kunkin yksittäistapauksen olosuhteita ja tapauskohtaista arviointia.

Mottan mukaan Euroopan Komissio todennäköisesti katsoisi markkinaosuusrajan olevan 25 prosenttia, viitaten yrityskauppalvontaan, jossa keskittymän ei katsota haittaavan kilpailua mikäli yhteenlaskettu markkinaosuus ei ylitä 25 prosenttia.²¹⁰ Sulautumasetuksen mukaan keskittymä, jonka markkinaosuus on alle 25 prosenttia, ei rajoitetun markkinaosuutensa takia estä tehokasta kilpailua ja on soveltuva yhteismarkkinoille.²¹¹

²⁰³ Källezi 2008 ss.82-83.

²⁰⁴ KOM 2009a kohta 14.

²⁰⁵ Jones – Sufrin 2011 s.329.

²⁰⁶ Whish – Bailey 2012 s.183 ja C-250/92 Gøttrup-Klim kohta 48.

²⁰⁷ Källezi 2008 s.78 ja T-219/99 British Airways kohta 212.

²⁰⁸ Bellamy – Child 2008 s.927.

²⁰⁹ 26/76 Metro kohta 17.

²¹⁰ Komission asetus (EU) N:o 330/2010 Ryhmäpoikkeusasetus kohdat 8 ja 9 ja Motta 2004 ss.118-119.

²¹¹ Neuvoston asetus (EY) N:o 139/2004 sulautuma-asetus kohta 32 ja Hirsch – Montag – Säcker 2008 s.1099.

Tämän perusteella voidaan olettaa, että markkinaosuuden ollessa alle 25 prosenttia, määräävän aseman olemassaolo ei EU-käytännössä olisi mahdollista. Yrityskauppalvontaa ja määräävää asemaa koskevan sääntelyn tavoitteet ovat kuitenkin erilaiset ja niitä tulkitaan eri tavalla. Yrityskauppalvonnan tavoite on turvata markkinoiden kilpailullinen rakenne etukäteen, kun taas määräävän aseman väärinkäyttövalvonnalla puututaan huomattavaan markkinavoimaan jälkikäteen.²¹² EU-kilpailuoikeuden yrityskauppalvontaa ja määräävän aseman väärinkäyttöä koskeva soveltamiskäytäntö on eriytynyt. Siksi säännöksiä ei voida tulkita täysin samoilla perusteilla, eikä 25 prosentin rajasta voida vetää johtopäätöksiä määräävän aseman arviointiin.

Hallituksen esityksessä päivittäistavarakauppaa koskevaa 30 prosentin rajaa perustellaan sillä, että tavoitteena on saada keskeisten päivittäistavarakaupan toimijoiden toiminta määräävän markkina-aseman väärinkäyttövalvonnan piiriin. Markkinaosuusraja ei ehdotettu 30 prosenttia, koska se tuo kaksi suurinta päivittäistavarakauppaa väärinkäyttövalvonnan alaisuuteen. Hallituksen esityksessä korostetaan, että kahdella suurimmalla toimijalla on yli 80 prosentin markkinaosuus ja merkittävä kokoero verrattuna kilpailijoihin. Tämän takia on kilpailun turvaamisen kannalta tärkeää, että toimintaan voidaan tarvittaessa puuttua määräävän aseman väärinkäyttökiellon avulla.²¹³

4.2.3 Kilpailijoiden koko

Kun tarkastellaan epäillyssä määräävässä asemassa olevan yrityksen markkinaosuutta, tulee huomioon ottaa myös kilpailijoiden markkinaosuudet. Komissio on todennut tiedonannossaan, että määräävän aseman arvioinnissa otetaan huomioon alan kilpailurakenne ja erityisesti yrityksen ja sen kilpailijoiden markkina-asema.²¹⁴ Tässä viitataan siihen, että yrityksen markkinaosuutta ja –asemaa arvioidaan myös suhteessa sen kilpailijoihin. Kilpailijoiden markkinavoima voi rajoittaa epäillyn yrityksen markkinavoimaa niin, ettei se voi toimia riippumattomasti markkinoilla.²¹⁵

Määräävän aseman arvioinnissa merkitystä annetaan erityisesti yrityksen lähimmän kilpailijan markkinaosuudella. Mitä suurempi on kahden suurimman yrityksen markkinaosuuksien välinen ero, sitä todennäköisemmin korkean markkinaosuuden haltijalla on merkittävää markkinavoimaa.²¹⁶ Tämän lisäksi huomiota kiinnitetään kilpailijoiden yh-

²¹² Ojala 2011 ss.258-259.

²¹³ HE 197/2012 ss.21-22.

²¹⁴ KOM 2009a kohta 12.

²¹⁵ Bellamy – Child 2008 s.928.

²¹⁶ KKV: Määrävä markkina-asema.

teenlaskettuun markkinaosuuteen. Yhteenlasketun markkinaosuuden avulla tarkastellaan sitä, muodostavatko kilpailijat kollektiivisesti riittävästi kilpailua, joka osaltaan rajoittaa epäillyn määräävässä asemassa olevan yrityksen markkinavoimaa.²¹⁷

Tapauksessa Hoffmann-La Roche EUT totesi että yrityksen markkinaosuuden suhde sen kilpailijoihin ja erityisesti toiseksi suurimpaan kilpailijaan oli merkityksellinen. Markkinaosuuksia toisiinsa vertaamalla voidaan arvioida yrityksen kilpailijoiden kilpailukapasiteetti.²¹⁸ United Brands tapauksessa yrityksen katsottiin olevan määräävässä asemassa 45 prosentin markkinaosuudella. Huomiota kiinnitettiin yrityksen lähes kaksinkertaiseen markkinaosuuteen suhteessa sen suurimpaan kilpailijaan. British Airwaysin tapauksessa määräävä asema todettiin suhteellisen alhaisella 39.7 prosentin markkinaosuudella, kun British Airwaysin markkinaosuus lähimpään kilpailijaan oli seitsenkertainen.²¹⁹ Tapauksista käy ilmi, että määräävä asema voi olla olemassa vaikka yrityksen markkinaosuus olisikin alhainen, mikäli kilpailijat ovat selkeästi pienempiä kuin epäilty yritys. Sen sijaan jos markkinoilla on useampi suunnilleen samankokoinen yritys, ei määräävää markkina-asemaa ole todettu.²²⁰

Suomessa päivittäistavarakaupan markkinat ovat keskittyneet kahdelle suurimmalle toimijalle. Kilpailijoiden markkinaosuudet ovat yhteenlaskettunakin vain noin 20 prosenttia. Hallituksen esityksessä on kiinnitetty huomiota siihen, että kahden suurimman päivittäistavarakaupan ja muiden kilpailijoiden välinen markkinaosuuksien ero on huomattava ja pienet kilpailijat eivät ole pystyneet nostamaan markkinaosuuksiaan, Lidliä lukuun ottamatta.²²¹ Lain esitöissä kaksi suurinta toimijaa samaistetaan yhdeksi kokonaisuudeksi, aivan kuin kyse olisi yhteisestä määräävästä asemasta. Huomioon ei oteta sitä, rajoittavatko S- ja K-ryhmä toistensa markkinavoimaa siinä määrin, etteivät määrävän aseman edellytykset täyty.

4.2.4 Ajallinen ulottuvuus

Markkinaosuuksia arvioidaan yleensä sen hetkisen tilanteen mukaan. Merkityksellinen on markkinoiden tilanne silloin kun määräävää markkina-asemaa tarkastellaan. Myös historiallisille markkinaosuuksille voidaan joissain tapauksissa antaa merkitystä. Esi-merkiksi muutokset aikaisemmissa markkinaosuuksissa voivat kertoa kilpailuprosessin

²¹⁷ O'Donoghue – Padilla 2006 s.116.

²¹⁸ 85/76 Hoffmann-La Roche kohta 48.

²¹⁹ Jones – Sufirin 2011 s.328.

²²⁰ Whish – Bailey 2012 ss.180-182.

²²¹ HE 197/2012 s.18.

toimivuudesta. Kilpailijoiden markkinaosuuksien muutokset saatetaan ottaa huomioon arvioinnissa.²²²

EUT on kiinnittänyt huomiota määräävän aseman kestoon ja vakauteen muttei ole antanut tarkkaa täsmennystä siitä, kuinka pitkäaikainen markkinavoima on osoitus määräävästä asemasta.²²³ Markkinaosuuden on kuitenkin tullut olla riittävän suuri ja vakaa, jotta määräävä asema voidaan todeta. Oikeuskirjallisuudessa on arvioitu, että viiden vuoden ajanjakso todennäköisesti tarjoaisi riittävää näyttöä. Sen sijaan alle kolmen vuoden ajalle sijoittuneen merkittävän markkinavoiman katsotaan olevan liian lyhyt määräävän aseman toteamiseen. Merkitystä voi olla markkinaosuuksien heikentymisellä tietyllä aikavälillä. Mikäli markkinaosuus pysyy kuitenkin merkittävänä heikentymisestä huolimatta, ei sillä ole katsottu olevan merkitystä arvioinnissa.²²⁴ Vaikka markkinaosuuksien säilyminen voi olla todiste määräävästä markkina-asemasta, huomattavien markkinaosuuksien pienentyminen ei sinänsä ole todiste määräävän aseman puuttumisesta²²⁵.

Markkinaosuuden ajallinen ulottuvuus liittyy myös siihen, että yrityksellä on tullut olla määräävä asema väärinkäytön alkaessa. Määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön ei voi syyllistyä yritys, joka ei ole ollut määräävässä asemassa. Lähtökohtaisesti suuret markkinaosuudet, jotka ovat olleet vakaat pitkän ajanjakson, osoittavat yrityksen markkinavoimaa. Vakaat markkinaosuudet osoittavat, että tuona aikana markkinoilla on valinnut tilanne, jossa kilpailijat eivät ole pystyneet saamaan johtavan yrityksen asiakkaita itselleen. Tämä voi johtua monista seikoista, mutta siitä voidaan päätellä, ettei asiakkaila ja lopulta kuluttajilla ehkä ole ollut valinnanvaraa tai mahdollisuutta vaihtaa sopimuskumppania.²²⁶

Päivittäistavarakaupassa S-ryhmän markkinaosuus on ollut vakaa ja nousujohteinen usean vuoden ajan. Sen sijaan K-ryhmän markkinaosuus on laskenut tasaisesti. Kahdessa vuodessa K-ryhmän markkinaosuus on laskenut yli 35 prosentista 34 prosenttiin. Lidl on tänä aikana kasvattanut markkinaosuuttaan kahdella prosentilla.²²⁷ Päivittäistavara-kaupan markkinat ovat siinä määrin vakiintuneet, etteivät markkinaosuudet muutu

²²² DGCOMP 2005 s.11 kohta 30.

²²³ Kuoppamäki 2003 s.681.

²²⁴ Bellamy – Child 2008 s.928.

²²⁵ T-24/93 Maritime Belge kohdat 77-78 ja 85/76 Hoffmann-La Roche kohta 44.

²²⁶ Kellezi 2008 s.75.

²²⁷ Nielsen 2014.

huomattavasti lyhyellä aikavälillä. Keskittyminen ja päivittäistavarakaupan sääntely aiheuttavat sen, että pienempien markkinatoimijoiden markkinaosuuksien kasvattaminen on hidasta.²²⁸ Tästä huolimatta esimerkiksi Lidl on pystynyt kasvattamaan markkinaosuuttaan suhteellisen nopeasti ja markkinaosuuden kasvu on kiihtynyt vuosi vuodelta.²²⁹

4.2.5 Määrävä asema samanaikaisesti useammalla yrityksellä

Uusi säännös 30 prosentin markkinaosuusraja aiheuttaa sen, että kaksi suurinta toimijaa ovat samanaikaisesti itsenäisessä määräävässä asemassa markkinoilla. Tämä on hyvin poikkeuksellista, koska lähtökohtaisesti kilpailuoikeudessa vain yksi yritys voi kerrallaan olla määräävässä markkina-asemassa tietyillä markkinoilla, ellei kyse ole yhteisestä määräävästä asemasta. Määräävän aseman väärinkäyttöä koskevissa säännöksissä mainitaan, että määräävä asema voi olla yhdellä tai useammalla yrityksellä.²³⁰ Mikäli useampi yritys on määräävässä asemassa samanaikaisesti, on kyse yhteisestä määräävästä asemasta. Yhteinen määräävä asema edellyttää selkeitä taloudellisia yhteyksiä yritysten välillä. Hallituksen esityksessä todetaan, ettei kilpailuvirasto ole käytännössään todennut yhteisen määräävän markkina-aseman tilannetta päivittäistavarakaupan toimijoiden välillä.²³¹ Tästä voidaan päätellä, ettei kahden suurimman päivittäistavarakaupan välillä ole havaittu sellaisia taloudellisia yhteyksiä, jotka mahdollistaisivat yhteisen määräävän aseman olemassaolon. Kuoppamäen mukaan yhteistä määräävää asemaa koskevat taloudelliset yhteydet eivät nykyisen EU-oikeuskäytännön perusteella voi muodostua pelkästään oligopolirytysten välisestä riippuvuussuhteesta tai yhdenmukaisesta markkinakäyttäytymisestä. Toisaalta EU:n sulautuma-asetusta soveltaessaan EUT on joissain tapauksissa pitänyt yhteisenä määräävänä asemana tilannetta, jossa yritysten välinen yhteys on perustunut pelkästään oligopolirytysten väliseen riippuvuussuhteeseen. Oikeuskäytäntö on tältä osin vielä avoin ja kehittymässä.²³²

Suomen päivittäistavarakaupan markkinat ovat oligopolistiset. Yhdessä toimivan oligopolin osapuolien ei katsota olevan itsenäisessä määräävässä asemassa. Oligopoliin on voitu kilpailuoikeudessa puuttua lähinnä kartellikiellon ja yhteisen määräävän aseman säännöksillä. Etukäteen oligopoliongelmaan voidaan puuttua myös yrityskauppavalvon-

²²⁸ Competition Commission ss.106-107.

²²⁹ Nielsen 2014.

²³⁰ Kilpailulaki 4.2 § ja SEUT 102 artikla.

²³¹ HE 197/2012 s.19.

²³² Kuoppamäki 2012 s.233.

nan avulla. EU-tuomioistuin on oikeuskäytännössään todennut, että määräävä asema on erotettava yritysten käyttäytymisen samansuuntaisuudesta, joka on ominaista oligopolille. Oligopolissa yritykset ovat vuorovaikutuksessa toisten yritysten käyttäytymiseen, kun määräävässä asemassa olevan yrityksen toiminta on pitkälti yksipuolisesti määritettyä.²³³

Oikeuskäytännössä ei itsenäistä määräävää asemaa ole todettu samanaikaisesti useammalla yrityksellä. Myös oikeuskirjallisuudessa lähtökohtana on pidetty sitä, että vain yksi yritys voi olla määräävässä asemassa samanaikaisesti samoilla markkinoilla.²³⁴ Syy tähän liittyy merkittävän markkinavoiman olemassaoloon. Merkittävää markkinavoimaa omaava yritys voi käyttäytyä markkinoilla riippumattomasti, ja markkinavoima luo yritykselle mahdollisuuden toimia haitallisesti markkinoilla suhteessa kilpailijoihin ja kuluttajiin. Jos useampi yritys olisi määräävässä asemassa samanaikaisesti, riippumattomuuden edellytys ei näyttäisi täyttyvän. Määräävässä asemassa olevan yrityksen toiminta on yksipuolista ja suhteellisen samankokoiset yritykset, jotka yhdessä hallitsevat markkinoita ovat jossain määrin aina riippuvaisia toisistaan. Jos esimerkiksi toinen yritys nostaisi hintojaan, siirtyisivät kuluttajat todennäköisesti kilpailevan yrityksen asiakkaiksi.

4.3 Markkinaosuusrajat

Markkinaosuusrajoja voidaan käyttää apuna määräävän aseman toteamiseen tai sen poissulkemiseen. Tällaiset rajat voivat olla absoluuttisia tai oletuksia, jotka voidaan kumota vastanäytöllä. Mikäli markkinaosuusraja on ehdoton, markkinoiden rakennetta ei oteta arvioinnissa lainkaan huomioon. Tällöin riittävää on markkinaosuusrajan alittuminen tai ylittyminen. Olettamaraja luo sen sijaan vain oletettaman määräävästä asemasta tai sen puuttumisesta. Näissä tapauksissa voidaan esittää markkinaosuuden lisäksi muuta näyttöä määräävän markkina-aseman olemassaolosta tai sen puuttumisesta.²³⁵ ICN on todennut, että markkinaosuusrajat ovat hyödyllisiä siinä suhteessa, että ne lisäävät yritysten oikeudellista varmuutta. Yritysten on helpompaa arvioida toimintansa lainmukaisuutta, kun määräävän aseman arviointi on mahdollisimman yksinkertaista. Tarkan markkinaosuusrajan ongelmana on kuitenkin sen määrittäminen, millä markki-

²³³ 85/76 Hoffmann La Roche kohta 39.

²³⁴ Kokkokris 2010 s.6.

²³⁵ ICN 2009 s.23.

naosuudella yrityksellä voidaan katsoa olevan riittävästi markkinavoimaa, jotta määräävän aseman tunnusmerkit voivat täyttyä.²³⁶

Markkinaosuusrajaa voidaan käyttää dominanssikynnyksenä määräävän aseman toteamisessa niin, että tietyn markkinaosuusrajan ylittävän yrityksen katsotaan suoraan olevan määräävässä asemassa. Tällainen oletama määräävästä asemasta voidaan yleensä kumota vastanäytöllä. Esimerkiksi EU-oikeuskäytännössä 50 prosentin raja luo oletettoman määräävästä asemasta.²³⁷ Dominanssikynnys voi toimia samalla niin sanottuna turvasatamana eli markkinaosuusrajan alle jäävän yrityksen ei katsota olevan määräävässä asemassa. Mitä pienempi markkinaosuus yrityksellä on, sitä vähemmän sillä todennäköisesti on markkinavoimaa. ICN on todennut että kansalliset kilpailuviranomaiset voivat käyttää markkinaosuusrajaa turvasatamana niin, että rajan alapuolelle jäävän yrityksen ei katsota olevan määräävässä asemassa. Jotta yritys voi olla määräävässä asemassa, on yrityksen markkinaosuuden lähtökohtaisesti oltava markkinaosuusrajaa suurempi. Sen ei kuitenkaan yksin tulisi osoittaa määräävän aseman olemassaoloa. Markkinaosuusrajan ylittävän yrityksen markkinavoiman asteen selvittämisen tulisi sisältää tarkka ja tapauskohtainen analyysi markkinoiden tilanteesta ja siinä tulisi ottaa huomioon markkinaosuuden lisäksi myös muita tekijöitä. Dominanssikynnyksen hyödyt tulisi punnita riskien kanssa, koska markkinaosuuksien liiallinen painottaminen voi johtaa mahdollisiin täytäntöönpanovirheisiin.²³⁸ Ongelma markkinaosuusrajojen soveltamisessa on löytää raja kilpailulle hyödyllisen ja haitallisen toiminnan välillä.

Päivittäistavarakauppaa koskeva markkinaosuusraja muodostaa 30 prosentin dominanssikynnyksen, jonka ylittävä yritys on automaattisesti määräävässä asemassa markkinoilla. Markkinaosuusraja on ehdoton eli siitä ei voida poiketa vastanäytöllä. Merkitystä tämän jälkeen ei anneta muille normaalisti määräävän aseman toteamiseen annettaville seikoille. Yritys voi kuitenkin esittää vastanäyttöä 30 prosentin rajan ylittämisestä ja määräävän aseman väärinkäyttönä pidettävästä menettelystä.²³⁹

Hallituksen esityksestä ei käy ilmi sitä, voisiko poikkeuksellisessa tilanteessa päivittäistavarakaupan markkinoilla myös alle 30 prosentin markkinaosuuden omaava yritys olla määräävässä asemassa. Tämä on tietysti hyvin epätodennäköistä ottaen huomioon

²³⁶ ICN 2009 s.4.

²³⁷ 85/76 Hoffman-La Roche kohta 41.

²³⁸ ICN 2009 s.23.

²³⁹ HE 197/2012 s.22

markkinoiden tämän hetkisen rakenteen. Voidaan kysyä toimiiko 30 prosentin raja samanaikaisesti turvasatamana ja dominanssikynnyksenä. Koska valmistelussa ei ole otettu kantaa asiaan, oletuksena on ettei markkinaosuusrajaa ole tarkoitettu turvasatamaksi. Toisaalta, koska markkinaosuusraja on laskettu huomattavan alas, on hyvin epätodennäköistä että määräävä asema todettaisiin sen alapuolella.

EU:ssa tarkkaa markkinaosuuden alarajaa määräävälle asemalle ei ole otettu käyttöön, vaan kussakin tapauksessa arviointi tulee perustaa kokonaisarvioon. Komissio on kuitenkin todennut että määräävä asema ei ole todennäköinen alle 40 prosentin markkinaosuudella.²⁴⁰ Oikeuskirjallisuudessa tätä rajaa on myös pidetty lähtökohtaisesti määräävän aseman poissulkevana. EU-tuomioistuimen oikeuskäytännössä on vain yksi tapaus, jossa määräävä asema on todettu alle 40 prosentin markkinaosuudella.²⁴¹ 5-10 prosentin markkinaosuuden on katsottu sulkevan pois määräävän markkina-aseman olemassaolon.²⁴²

Vaikka kilpailuoikeus on harmonisoitu EU:ssa, voivat jäsenvaltiot ottaa käyttöön tiukempia säännöksiä koskien määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä tai muita yksipuolisia kilpailunrajoituksia.²⁴³ Muissa Pohjoismaissa ei ole saatettu voimaan EU-oikeutta tiukempia säännöksiä eli määräävä markkina-asema ja sen väärinkäyttö arvioidaan SEUT 102 artiklan mukaisesti. Useissa muissa Euroopan maissa sen sijaan on käytössä markkinaosuusraja, joka luo oletettaman määräävästä markkina-asemasta. Useimmiten raja on 30 ja 50 prosentin välillä. Rajan ylittäessään yrityksellä on näyttövelvollisuus siitä, ettei se ole määräävässä asemassa.²⁴⁴ Esimerkiksi Itävallassa ja Saksassa yrityksen oletetaan olevan määräävässä asemassa 30-35 prosentin markkinaosuudella.²⁴⁵ Toisaalta esimerkiksi Kroatiassa kumottiin markkinaosuuteen perustuva määräävän aseman määritelmä ja otettiin käyttöön turvasatama, jossa alle 40 prosentin markkinaosuudella yritys ei voi olla määräävässä asemassa.²⁴⁶ Tiukkaa, kumoamatonta markkinaosuusrajaa määräävälle asemalle ei ole käytössä missään EU-maassa.

ICN on todennut, että määräävää markkina-asemaa ei tulisi todeta ilman kattavaa selvitystä tekijöistä, jotka vaikuttavat kyseessä olevien markkinoiden kilpailuolosuhteisiin.

²⁴⁰ DGCOMP 2005 kohta 31.

²⁴¹ T-219/99 British Airways.

²⁴² 26/76 Metro.

²⁴³ HE 197/2012 s.13.

²⁴⁴ Antitrust Encyclopedia.

²⁴⁵ HE 197/2012 ss.14-15.

²⁴⁶ Babić 2010.

Määräävän aseman määrittämisen ei tulisi perustua pelkästään markkinaosuuksiin, vaan huomioon tulisi lisäksi ottaa markkinoille pääsyn esteet, ostajavoima ja muut tapauksen kannalta merkitykselliset seikat.²⁴⁷ Mikäli alalle tulon esteet ovat matalat, yrityksen suuri markkinaosuus ei välttämättä osoita huomattavaa markkinavoimaa.²⁴⁸ EU-tuomioistuimien oikeuskäytännössä todennut, että ”Usein määräävä asema johtuu useiden sellaisten tekijöiden yhteisvaikutuksesta, jotka eivät yksinään perustaisi määräävää asemaa yritykselle.”²⁴⁹ Tämä korostaa jokaisen yksittäistapauksen kokonaisarvioinnin merkitystä. Markkinaosuuden käyttäminen tärkeimpänä määräävää asemaa osoittavana tekijänä tulisi suhteuttaa sen käyttämisen riskeihin. Erityisesti riskiin siitä, että markkinaosuudelle annetaan liikaa merkitystä ja tällöin päädytään täytäntöönpanovirheisiin.²⁵⁰

4.4 Alalle pääsyn esteet

4.4.1 Merkitys määräävän aseman arvioinnissa

Markkinavoima määritellään yrityksen kyvyksi nostaa hintojaan yli kilpailullisen tason. Yritys ei voi nostaa hintojaan vaikka sillä olisi merkittävä markkinaosuus, mikäli kilpailijoiden alalle tulo on helppoa tai markkinoilla on vahva ostaja, joka voi käyttää vastaomaansa vaihtamalla kilpaileviin tuottajiin.²⁵¹ Tästä johtuen määräävää markkina-asemaa todettaessa huomioon otetaan markkinaosuuden lisäksi muiden yritysten mahdollisuus laajentumiseen ja markkinoille tuloon (alalle pääsyn esteet) ja tasapainottava ostajavoima. Tapauskohtaisesti myös muille tekijöille, kuten riippuvuudelle, on annettu oikeuskäytännössä merkitystä. Nämä muut tekijät voivat osaltaan vahvistaa tai heikentää markkinaosuuden merkitystä markkinavoiman mittaamisessa.²⁵²

Alalle pääsyn esteet ovat niitä tekijöitä, jotka haittaavat markkinoilla olevien yritysten laajentumista ja uusien yritysten markkinoille tuloa. Kyse on siitä kuinka helposti uusien yritysten on mahdollista tulla markkinoilla ja voivatko markkinoilla jo olevat yritykset laajentaa tuotantoaan.²⁵³ Laajentumisen ja markkinoille tulon on oltava kilpailijan kannalta riittävän kannattavaa, jotta kilpailupaine säilyy markkinoilla. Alalle pääsyn

²⁴⁷ ICN 2009 s.2.

²⁴⁸ ICN 2009 s.5.

²⁴⁹ 85/76 Hoffmann La Roche kohta 239.

²⁵⁰ Kokkokris 2010 s.6.

²⁵¹ Motta 2004 s.117.

²⁵² Whish – Bailey 2012 s.181.

²⁵³ Geradin – Layne-Farrar – Petit 2012 s.89.

esteet, määräävässä asemassa olevan yrityksen reaktiot, epäonnistumisen riskit ja kustannukset ovat syitä siihen miksi kilpailupaine voi markkinoilla olla heikko.²⁵⁴

Markkinaosuuksien jälkeen alalle pääsyn esteet ovat toiseksi merkittävin tekijä määräävän markkina-aseman arvioinnissa. EU:n komissio on todennut tiedonannossaan, että määräävän aseman arvioinnissa otetaan huomioon kilpailijoiden mahdollisuudet laajentumiseen ja markkinoille tuloon.²⁵⁵ Alalle tulon esteiden tarkastelulla pyritään ottamaan selville markkinoilla jo olevan yrityksen markkinavoiman astetta ja sen laajuutta. Arvioinnissa tarkastellaan sitä onko laajentuminen ja markkinoille tulo mahdollista ja todennäköistä tietyllä ajanjaksolla eli pystyvätkö muut yritykset luomaan sellaista kilpailupainetta markkinoille, ettei määräävässä asemassa oleva yritys voi nostaa hintojaan kannattavasti yli kilpailullisen tason.²⁵⁶ Kun esteet ovat korkeat, kilpailijoiden on vaikeaa, tai lähes mahdotonta vaikuttaa vallitseviin markkinaosuuksiin.²⁵⁷

Mikäli yritys nostaa hintojaan muut kilpailijat voivat yleensä reagoida tähän nostamalla tuotantoaan. Jos kilpailijat pystyvät reagoimaan voimakkaasti on yrityksen markkinavoima rajallinen. Potentiaaliset kilpailijat voivat myös rajoittaa yrityksen markkinavoimaa. Mikäli markkinoille tulo on helppoa, nopeaa ja edullista, yritys ei voi nostaa hintojaan kannattavasti, koska tällöin markkinoille tulisi uusia yrittäjiä.²⁵⁸ Alalle pääsyn esteiden puuttuessa kokonaan muistuttaa tilanne täydellisen kilpailun optimia. Tällöin hinta muodostuu lähelle rajakustannuksia, eikä yhdelläkään yrityksellä ei ole markkinavoimaa.

Alalle pääsyn esteet voidaan jakaa kolmeen kategoriaan: oikeudellisiin, rakenteellisiin ja strategisiin esteisiin. Rakenteelliset ja oikeudelliset esteet ovat esteitä, joihin markkinoilla olevat yritykset eivät voi itse toiminnallaan vaikuttaa. Oikeudelliset esteet ovat esteitä, jotka johtuvat lainsäädännöstä. Ne voivat olla esimerkiksi immateriaalioikeuksista johtuvia tai hallinnollista sääntelyä, joka suosii markkinajohtajia tai kieltää tietyn toiminnan kokonaan. Rakenteelliset esteet johtuvat muun muassa korkeista alkuinvestoinneista, kustannus- ja verkostovaikutuksista, vertikaalisesta integraatiosta, teknologisista ja taloudellisista eduista sekä kysyntää koskevista tekijöistä, kuten yrityksen mai-

²⁵⁴ KOM 2009a kohta 20.

²⁵⁵ KOM 2009a kohta 12.

²⁵⁶ Geradin – Layne-Farrar – Petit 2012 s.92-93.

²⁵⁷ Jones – Sufirin 2011 s.336.

²⁵⁸ Motta 2004 ss.120-121.

neesta. Strategiset esteet sen sijaan johtuvat markkinoilla toimivien yritysten omasta toiminnasta, kuten investoinneista ja sopimuksista.²⁵⁹

4.4.2 Alalle pääsyn esteet päivittäistavarakaupassa

Päivittäistavarakaupan markkinoita leimaavat korkeat alalle pääsyn esteet. Esteet johtuvat pitkälti lainsäädännöstä, markkinoiden keskittymisestä, kustannuseduista ja mittakaavaeduista. Päivittäistavarakaupan toimijat tarvitsevat suuret alkuinvestoinnit liittyen muun muassa toimipisteisiin, logistiikkaan, valikoimaan ja laitteisiin. Pienten toimijoiden on vaikea kilpailla suurten yritysten kanssa hinnoilla tai valikoimalla, koska kustannus- ja mittakaavaedut ovat päivittäistavarakaupassa huomattavat. Keskittyminen myös nostaa alalle pääsyn esteitä entisestään ja vaikeuttaa kilpailijoiden tulemistä markkinoille.²⁶⁰

Päivittäistavarakaupassa alalle pääsyn esteiksi voidaan luokitella kustannusedut, joita suuret toimijat saavat jakelukustannuksissa ja hankintaetuina. Suurten päivittäistavara-kauppojen kustannusedut voivat rajoittaa mahdollisuuksia uusien yritysten kannattavaan alalle tuloon tai jo markkinoilla olevien yritysten laajentumiseen. Hankintakustannukset ovat hyvin merkityksellisiä päivittäistavarakaupassa, koska ne muodostavat suurimman osan päivittäistavarakaupan kustannuksista. Suuret toimijat saavat yleensä paremmat ostoehdot, jotka johtavat edullisempiin hankintakustannuksiin verrattuna pieniin toimijoihin. Iso-Britannian kilpailuviranomaisten tekemän selvityksen mukaan korkeimmat hankintakustannukset ovat pienimmillä toimijoilla, jolloin niiden on vaikea kilpailla hinnoilla suurten kauppaketjujen kanssa. Hankintamarkkinoilla on pitkälti sama tilanne. Pienillä tavarantoimittajilla on huonommat ostoehdot kuin suuremmilla tavarantoimittajilla ja suurilla päivittäistavaraupoilla.²⁶¹

Mittakaavaeduilla tarkoitetaan niitä etuja, jotka syntyvät kun yrityksen tuotannon kasvaessa keskimääräiset kustannukset laskevat.²⁶² Mittakaavaedut, erityisesti teknologiainvestoinnit, jakelukeskukset ja vertikaalinen integraatio, ovat omiaan luomaan kustannusetuja, jotka ovat pitkälti tarjolla vain suurille päivittäistavarakaupan toimijoille.

²⁵⁹ ICN 2009 s.25.

²⁶⁰ Competition Commission 2008 s.10-12.

²⁶¹ Competition Commission 2008 ss.121-136.

²⁶² Van Der Bergh – Camecasca 2006 s.143.

Toisaalta pienemmillä toimijoilla voi olla mahdollisuus hyötyä tavarantoimittajien mit-takaavaeduista hankintamarkkinoilla.²⁶³

Päivittäistavarakauppaa koskeva kattava lainsäädäntö koskee muun muassa työehtoja, kaupan panoskäytäntöjä ja sijoittumista.²⁶⁴ Lainsäädäntö itsessään voi olla alalle pääsyn este, jos se merkittävästi rajoittaa uusien yritysten alalle tuloa ja laajentumista. Päivittäistavarakaupassa merkittävämpänä esteenä pidetään kaupan sijainnin sääntelyä, joka on monimutkaista ja hyvin tiukkaa. Pienemmillä toimijoilla ei ole välttämättä resursseja käydä läpi erilaisia aikaa vieviä lupamenettelyjä. Kustannukset lupaprosessista voivat nousta suuriksi ja suurilla toimijoilla on yleensä huomattavasti enemmän resursseja käytössään.²⁶⁵ Suomessa kaupan sijainnin sääntely ja erityisesti vähittäiskaupan suuryksiköitä koskeva erityissääntely on vähentänyt päivittäistavarakaupan kilpailua nostamalla alalle pääsyn esteitä. Ongelmalliseksi on muodostunut vaatimus kaupan suuryksiköiden keskustasijainnista. Se on kilpailuviraston selvityksen mukaan yhdessä enimmäismitoitusvaatimusten ja neliömäärärajoitteiden kanssa luonut keinotekoiset kilpailua rajoittavat olosuhteet. Selvityksessään virasto toteaa, että Suomen päivittäistavarakaupan keskittymiseen on vaikuttanut kaupan alan suuryksikkösääntely, joka käytännössä suojaa suurten toimijoiden yksiköitä uusien ja tehokkaampien yksiköiden kilpailulta.²⁶⁶

Alalle pääsyn esteiden olemassaolo on kiinteässä yhteydessä päivittäistavarakaupan keskittymiseen ja ostajavoiman kasvuun. Mikäli alalle pääsyn esteet olisivat matalammat, ostajavoiman käytön hyödyt siirtyisivät todennäköisesti kuluttajille ja kilpailu markkinoilla olisi tehokkaampaa. Päivittäistavarakaupan suuret toimijat eivät voisi periä korkeampia hintoja, koska silloin kilpailijat voisivat laajentaa tuotantoaan tai uudet toimijat tulla markkinoille. Hallituksen esityksessä huomioon on otettu alan korkeat alalle pääsyn esteet. Niiden voidaan katsoa osaltaan vaikuttaneen uuden säännöksen syntymiseen.

4.5 Riippuvuuden merkitys

EU:n oikeuskäytännössä taloudelliselle riippuvuudelle on joissain tapauksissa annettu täydentävää merkitystä määräävän aseman arvioinnissa. Sen merkitys ei kuitenkaan ole yhtä merkittävä kuin markkinaosuuden ja alalle pääsyn esteiden, jotka jo itsessään voi-

²⁶³ Competition Commission 2008 s.126.

²⁶⁴ Björkroth – Frosterus – Kajova – Palo 2012 s. 11.

²⁶⁵ Competition Commission 2008 s.147.

²⁶⁶ Ahonen – Karttunen – Vuorio 2013 ss.63-64.

vat indikoida määräävää asemaa. Yritys voi olla riippuvainen toisesta yrityksestä myös muista syistä, kuin siitä että toinen yritys hallitsee markkinoita. Siksi yksin riippuvuus ei voi synnyttää määräävää asemaa. Joissain tapauksissa asiakkaiden taloudellinen riippuvuus, välttämättömän kauppakumppanin olemassaolo tai mahdottomuus vaihtaa toimittajaa on otettu huomioon määräävää asemaa täydentävinä tekijöinä. Riippuvuus ilmenee yleensä niin, että asiakas joutuu hyväksymään epäedullisen ehdon, johon hän ei normaaleissa kilpailuolosuhteissa suostuisi.²⁶⁷

Riippuvuudesta käytetään tapauskäytännössä myös käsitettä välttämätön kauppakumppani.²⁶⁸ Välttämättömän kauppakumppanin käsitettä on käytetty tapauksissa, joissa yritys on ollut lakisääteinen monopoli ja tässä asemassaan välttämätön kauppakumppani asiakkailleen. Merkitystä on joissain tapauksissa annettu sille, onko asiakkaiden mahdollista vaihtaa vaihtoehtoihin tavarantoimittajiin.²⁶⁹ EUT on korostanut Metro tapauksessa sitä, että määräävässä asemassa olevan yrityksen tulee pystyä toimimaan riippumattomasti suhteessa kilpailijoihinsa. Sen sijaan asiakkaiden riippuvuudelle ei annettu merkitystä. EUT katsoi, ettei 5-10 prosentin markkinaosuus luonut määräävää asemaa yritykselle, vaikka asiakkaan mielestä riippuvuus syntyi siitä, että kuluttajat halusivat tiettyjä tuotteita niiden laadun vuoksi ja siksi tuotteita olisi tullut olla kaikkien jälleenmyyjien saatavilla. Vaikka erilaistettujen tuotteiden eli niin sanottujen brändituotteiden valmistajilla voi olla markkinavoimaa alhaisillakin markkinaosuuksilla, sen ei yksinään katsota riittävän määräävän asemaan.²⁷⁰

British Airways tapauksessa yritys oli merkittävästi suurempi kuin sen kilpailijat ja se tarjosi suurimman valikoiman reittejä, minkä takia merkittävä osa matkatoimistojen lipunmyynnistä tuli British Airwaysin lennoilta. British Airwaysin katsottiin olevan välttämätön sopimuskumppani matkatoimistoille. Tapauksessa merkitystä annettiin muiden tekijöiden ohella riippuvuussuhteelle yrityksen ja sen asiakkaiden välillä. Tapaus on ainoa, jossa määräävä asema on todettu alle 40 prosentin markkinaosuudella.²⁷¹

Taloudellisen riippuvuuden merkitys on jokseenkin epäselvää EU-oikeuskäytännön pohjalta. Joissain tapauksissa sille on annettu painavaakin merkitystä, kun toisissa tapauksissa sen merkitys on kokonaan sivuutettu. Riippuvuus on otettu huomioon useasti

²⁶⁷ Kuoppamäki 2003 ss.279-292.

²⁶⁸ Källezi 2008 s.80.

²⁶⁹ Yhdistetyt asiat T-191/98 JA T-212/98—T-214/98 TACA.

²⁷⁰ 26/76 Metro.

²⁷¹ T219/99 British Airways.

arvioinnissa, mutta pääpaino on aina ollut markkinaosuuksien ja alalle pääsyn esteiden arvioinnissa. Edellä mainituista tapauksista käy selville, että riippuvuussuhdetta arvioidaan pitkälti markkinaosuuden kautta. Jos markkinaosuus jää alhaiseksi, ei pelkkä asiakkaiden riippuvuussuhde yleensä voi perustaa määräävää asemaa yritykselle. Kellezin mukaan EUT:n tapauskäytännöstä voidaan kuitenkin päätellä, että taloudellinen riippuvuus voisi muodostaa sellaisen poikkeuksellisen olosuhteen, jolloin hyvin alhaisillakin markkinaosuuksilla on mahdollista olla määräävässä asemassa.²⁷²

Riippuvuus on usein kahdenvälistä, eikä asiakkaan riippuvuus yrityksestä suoraan tarkoita, että yritys olisi määräävässä asemassa koko markkinoilla.²⁷³ Kauppakumppanien riippuvuutta liittyy aina asiakkaisiin kohdistuviin määräävän aseman väärinkäyttötilanteisiin, koska asiakkaan valintavaihtoehdot ovat aina jossain määrin rajoittuneet. Kuitenkin määräävä asema perustuu markkinoiden hallintaan. Riippuvuus taas voi perustua vain kahden välisiin keskinäisiin suhteisiin. Usein riippuvuus perustuu sopimukseen. Puhtaat sopimusvoimatilanteet jäävät kilpailuoikeuden soveltamisen ulkopuolelle.²⁷⁴

Päivittäistavarakaupan ostajavoimassa on pitkälti kyse tavarantoimittajien riippuvuussuhteesta päivittäistavarakaupan toimijaan. EU-oikeuskäytännössä riippuvuudelle ei kuitenkaan ole annettu niin suurta merkitystä, että se pystyisi luomaan määräävän markkina-aseman yritykselle, jos muut määräävää asemaa indikoivat seikat eivät vahvasti tue määräävän aseman olemassaoloa. Tästä syystä monissa jäsenvaltioissa on otettu käyttöön erityistä sääntelyä koskien taloudellisen riippuvuuden väärinkäyttöä. Näissä tapauksissa yrityksellä ei edellytetä olevan määräävää asemaa, vaan huomio kiinnitetään osapuolten väliseen riippuvuussuhteeseen. Tätä erityissääntelyä on käsitelty aiemmin taloudellista riippuvuutta käsittelevässä jaksossa.

²⁷² Kellezi 2008 s.83.

²⁷³ Kuoppamäki 2003 s.279.

²⁷⁴ Kuoppamäki 2012 ss. 211-215.

5 MARKKINAVOIMAN SUORA MITTAAMINEN

5.1 Taloustiede lähtökohtana

Markkinavoiman suoralla mittaamisella tarkoitetaan taloustieteessä kehitettyjen mallien avulla tehtävää markkinavoiman mittaamista. Ekonometriset mallit pyrkivät arvioimaan yrityksen markkinavoimaa suoraan markkinoilta saatavien tietojen perusteella. Suorat mittaamistavat eivät ota huomioon markkinoiden rakennetta yksittäistapauksittain, vaan mittaaminen tehdään käyttämällä tiettyjä, matemaattisia arvoja.²⁷⁵ Taloustiede pyrkii etsimään vastauksia yleistämällä, kun taas oikeustiede keskittyy aina yksittäistapauksiin. Tästä huolimatta taloustieteellä on merkittävä asema kilpailuoikeudessa. Taloustieteessä on kehitetty yhä tarkempia ja varmempia mittaamistekniikoita, jotka mahdollistavat yhä suuremman arvioinnin useimmista kilpailun parametreista. Kvantitatiiviset menetelmät auttavat arvioimaan yritysten toimintaa ja ennustamaan sen seurauksia.²⁷⁶

Ekonometriset tekniikat ovat tärkeä osa kilpailuarviointia, vaikka EU-kilpailuoikeudessa pääsääntöisesti painotetaan epäsuoran mittaamisen merkitystä. Taloustiedettä on kuitenkin enenevässä määrin käytetty hyväksi kilpailuoikeudellisessa arvioinnissa EU:ssa. Painotus on siirtynyt Eurooppaan Yhdysvaltojen kilpailuoikeudesta, jossa taloustiedettä on hyödynnetty kilpailuvaikutusten arvioinnissa huomattavasti laajemmin ja pidempään kuin Euroopassa. Taloustieteessä markkinavoiman taso voidaan lähtökohtaisesti mitata suoraan, jos rajakustannus, hinta ja kysyntäjousto ovat tiedossa.²⁷⁷ Suurin este suorien mittaamistapojen käytölle on informaation puutteellisuus. Ekonomistit ovat kehittäneet lukuisia ekonometrisia lähestymistapoja markkinavoiman mittaamiseen. Seuraavassa käsittelen niistä tunnetuimpia. Ekonometristen mallien avulla ei kuitenkaan voida suoraan mitata sitä, onko yritys määräävässä asemassa. Tekniikoiden avulla voidaan arvioida markkinavoimaa ja sen astetta, mutta merkittävän markkinavoiman rajan määrittäminen kuuluu lähtökohtaisesti oikeustieteelliseen arviointiin.

5.2 Lernerin indeksi

Lernerin indeksin avulla yrityksen markkinavoimaa voidaan mitata tutkimalla hinnan (P) ja rajakustannusten (MC) välistä suhdetta.²⁷⁸ Markkinavoima taloustieteessä määritellään yrityksen kyvyksi nostaa hinta rajakustannusten yläpuolelle. Lernerin indeksin avulla voidaan suoraan mitata sitä, onko tuotteen hinta samalla tasolla rajakustannusten

²⁷⁵ Motta 2004 s.117.

²⁷⁶ Van Den Bergh – Cameasca 2006 s.12.

²⁷⁷ Van Den Bergh – Cameasca 2006 ss.1-4 ja s.107.

²⁷⁸ Lerner 1934.

kanssa. Tuotteen hinnan ja sen rajakustannusten välisen erotuksen avulla saadaan selville yrityksen markkinavoima eli yrityksen myyntikate.²⁷⁹ Mitä suurempi ero hinnan ja rajakustannusten välillä on, sitä enemmän markkinavoimaa yrityksellä on.²⁸⁰ Markkinavoimaa mitataan hintamarginaalin suuruudella. Täydellisessä kilpailussa Lernerin indeksi on nolla ($P=MC$) ja monopolitilanteessa 1. Mitä suurempi luku on, sitä enemmän markkinavoimaa yrityksellä on.²⁸¹

$$Li = \frac{P - MC}{P}$$

Jossa P on hinta ja MC rajakustannus. Lernerin indeksin ongelmana käytännössä on, että tarvittava informaatio hinnasta ja rajakustannuksista ei juuri koskaan ole saatavilla. Tästä syystä markkinavoiman arvioinnissa on keskitytty enemmän kysyntäjoustoihin. Jos rajakustannukset olisivat tiedossa, markkinavoima voitaisiin kuitenkin mitata Lernerin indeksin avulla, ilman tuotteen kysyntäjouston arviointia.²⁸²

5.3 Kysyntäjousto

Kysynnän hintajoustolla tarkoitetaan taloustieteessä tuotteen kysynnän muutosta sen hinnan muuttuessa. Kysyntäjousto on normaalisti aina negatiivinen eli hinnan noustessa sen kysyntä laskee. Jos kysyntäjousto on korkea, pienikin muutos hinnassa johtaa suureen muutokseen kysynnässä. Tällöin hinnan nostaminen on yleensä yritykselle kannattamatonta, koska hinnan noustessa myös kysyntä laskee. Sen sijaan, mikäli kysyntäjousto on matala, kysyntäkäyrä on joustamaton ja hinnanmuutos ei vaikuta merkittävästi kysyntään. Tällöin korkeammat hinnat eivät johda kysynnän merkittävään pienenemiseen ja hinnan nostaminen voi olla yritykselle kannattavaa. Mikäli yrityksen kysyntäjousto on matala, sillä on mahdollisuus nostaa omia tuottojaan rajoittamalla tuotantoa ja nostamalla hintoja. Tällöin yrityksellä on markkinavoimaa.²⁸³

Kyse on siis siitä, kuinka paljon tuotteen kysyntä laskee silloin kun hinta nousee. Hintajousto voidaan laskea seuraavasti:

²⁷⁹ Geradin – Layne-Farrar – Petit 2012 s.83.

²⁸⁰ Hirsch – Montag – Säcker 2008 s.258.

²⁸¹ Kuoppamäki 2003 s.297.

²⁸² Posner – Landes 1980 s.941.

²⁸³ Bishop – Walker 2010 s.54

$$\text{Kysynnän hintajousto} = \frac{\% \text{ muutos myynissä}}{\% \text{ muutos hinnassa}}$$

Hintajouston ollessa enemmän kuin 1, sitä pidetään joustavana ja joustamattomana kun se on alle 1. Esimerkiksi jos hintajousto on -5, tarkoittaa se, että hinnan noustessa yhden prosentin johtaa se 5 prosentin laskuun myynissä. Sen sijaan mikäli hintajousto on -0,5 yhden prosentin hinnannousu johtaa ainoastaan 0,5 prosentin laskuun myynissä. Näin ollen kysynnän hintajouston ollessa enemmän kuin 1, johtaa hinnan nouseminen yleensä tuottojen laskuun.²⁸⁴

Edellä kuvatusta ilmenee, että yrityksen mahdollisuus käyttää markkinavoimaa riippuu merkittävästi sen oman tuotteen tai palvelun kysyntäjoustosta. Mitä joustavampi kysyntäkäyrä on, sitä rajoitetummin yrityksen on kannattavaa nostaa hintojaan yli kilpailullisen tason. Toisaalta, mitä joustamattomampi kysyntäkäyrä on, sitä todennäköisemmin yritys käyttää markkinavoimaansa, koska hinnan nostaminen ei vaikuta merkittävästi tuotteen kysyntään ja yritys voi hintoja nostamalla maksimoida voittonsa.²⁸⁵

On huomattava, että yrityksen tuotteen tai palvelun oma kysyntäjousto eroaa kyseisten markkinoiden kysyntäjoustosta. Markkinavoiman arvioimisessa merkitystä annetaan nimenomaan yrityksen omien tuotteiden kysyntäjoustolle. Sen sijaan markkinoiden kysyntäjousto voi olla hyvinkin joustamaton, vaikka yksittäisten yritysten kysyntäjousto on korkea. Tällöin yritysten markkinavoima on rajattua.²⁸⁶

Monopolistisen yrityksen Lernerin indeksi vastaa käänteisesti yrityksen kysyntäjoustoa eli mitä suurempi Lernerin indeksi on, sitä matalampi on kysyntäjousto. Kysyntäjouston suora arviointi muodostaakin nykyisin yhden tärkeimmistä ekonometrisistä tekniikoista, jolla mitataan markkinavoimaa.²⁸⁷

$$Li = (P_i - MC)/P_i = 1/Ed_i$$

Jossa Li on Lernerin indeksi, P_i hinta, MC rajakustannus ja Ed_i yrityksen hintajousto. Yhtälö määrittää markkinavoiman ja osoittaa, että markkinavoima on riippuvainen tuot-

²⁸⁴ Bishop – Walker 2010 s.55.

²⁸⁵ Bishop – Walker 2010 ss.55-56.

²⁸⁶ Van den Bergh – Camecasca 2006 ss.110-111.

²⁸⁷ Motta 2004 ss.116-117.

teen kysyntäjoustopista. Mitä suurempi hintajousto tuotteella on, sitä lähempänä sen hinta on kilpailullista hintaa.²⁸⁸

Edellä kuvatussa kaavasta käy ilmi että mikäli yrityksen kysyntäjousto on tiedossa, yrityksen mahdollisuus nostaa hinta yli rajakustannusten voidaan laskea ilman markkinavoimien arviointia. Usein yrityksen kysyntäjousto ei kuitenkaan ole tiedossa ja tällöin markkinavoimaa voidaan arvioida markkinaosuuksien ja muiden tekijöiden avulla. Markkinavoimaa voidaan tällöin arvioida kaavalla, jossa yrityksen kysyntäjousto lasketaan markkinaosuuden, markkinoiden kysyntäjoustopin ja kilpailevien yritysten tarjontajoustopin avulla.²⁸⁹

5.4 Markkinaosuuden merkitys

Kuten edellä kuvatussa käy ilmi, yrityksen kysyntäjoustopin ollessa tiedossa sen mahdollisuus nostaa hintoja yli kilpailullisen tason voidaan laskea ilman markkinaosuuksien mittaamista. Markkinaosuuksien laskeminen ajankohtaistuu silloin kun yrityksen kysyntäjousto ei ole tiedossa. Käytännössä tämä on hyvin yleistä. Yrityksen kysyntäjousto ja näin ollen markkinavoima, voidaan laskea vertaamalla yrityksen markkinaosuuksia muihin tekijöihin, kuten esimerkiksi markkinoiden kysyntäjoustopiin.²⁹⁰

Landes ja Posner käyttävät esimerkkinä tapausta, jossa markkinoilla on yksi iso yritys (i), joka kilpailee markkinoilla monien pienten yritysten kanssa (j). Yrityksen i markkinavoiman ja markkinaosuuden välinen suhde käy ilmi seuraavasta kaavasta:

$$Edi = Edm/Si + Esj (I-Si)/Si$$

Yrityksen i kysyntäjousto (Edi) voidaan johtaa yhtälöstä, jossa otetaan huomioon yrityksen i markkinaosuus (Si), markkinoiden kysyntäjousto (Edm) ja yritysten (j) tarjontajousto (Esj).

Landes ja Posner ovat kaavan avulla tehneet useita huomioita markkinavoiman, markkinaosuuden ja joustopin välisistä suhteista. Korkea markkinoiden kysyntäjousto rajoittaa markkinavoimaa, sillä mitä korkeampi markkinoiden kysyntäjousto on, sitä korkeampi on myös yrityksen oma kysyntäjousto. Korkea markkinoiden kysyntäjousto viittaa siihen, että markkinoilla on substituuotteja yrityksen tuotteille ja niiden olemassaolo itessään rajoittaa yrityksen markkinavoimaa. Samoin kilpailevien yritysten tarjontajoustopin

²⁸⁸ Posner – Landes 1980 s.941.

²⁸⁹ Posner – Landes 1980 ss.944-945.

²⁹⁰ Posner – Landes 1980 s.944.

to heijastuu yrityksen kysyntäjousto. Mitä suurempi tarjontajousto kilpailevilla yrityksillä on, sitä joustavampi on myös suurimman yrityksen kysyntäjousto. Korkea tarjontajousto viittaa siihen, että yrityksen pienikin hinnan korotus johtaa merkittävään nousuun kilpailijoiden tuotannossa. Mitä suurempi suurimman yrityksen markkinaosuus on, sitä joustamattomampi on sen kysyntäjousto ja sitä suurempi sen markkinavoima.²⁹¹

Toisaalta Landes ja Posner korostavat, että markkinaosuuksien mekaaninen käyttö markkinavoiman arvioinnissa voi johtaa virheellisiin johtopäätöksiin. Pelkästään markkinaosuuteen keskittyminen voi olla harhanjohtavaa. Esimerkissään he toteavat, että markkinavoiman aste voi olla sama yrityksillä, joiden markkinaosuudet ovat 8 % tai 80 % riippuen kysynnän joustojen erilaisuudesta. He korostavat myös markkinamäärittelyn tärkeyttä.²⁹²

Kaplowin mukaan markkinaosuuksilla ei voida missään tilanteessa arvioida markkinavoimaa. Määräävän aseman arviointi synnyttää kaksi erillistä kysymystä: 1) Kuinka paljon markkinavoimaa yrityksellä on? ja 2) Minkä asteista markkinavoimaa laki edellyttää? Kaplowin mukaan kumpaankaan kysymykseen ei saada vastausta tutkimalla markkinaosuuksia, vaikka oikeuskäytännössä pitkälti nojataan markkinaosuuksiin markkinavoiman mittareina. Markkinaosuuden ja markkinavoiman suhde ei ole lineaarinen. Markkinavoimassa on kyse siitä, voiko yritys nostaa hintaansa kannattavasti yli kilpailullisen tason. Siksi markkinavoiman mittaamisen tulisi Kaplowin mukaan keskittyä hinnan tutkimiseen, eikä markkinaosuuksiin, jotka eivät kerro todellisesta markkinavoimasta mitään.²⁹³

5.6 Keskittymisindeksit

Markkinoiden keskittyessä niillä toimii yhä vähemmän yrityksiä. Käsittelin aikaisemmissa luvuissa Suomen päivittäistavarakaupan markkinoiden tilannetta, jossa huomioitiin alan hyvin keskittynyt markkinarakenne. Keskittyminen on myös ollut yhtenä perusteluna päivittäistavarakauppaa koskevalle erityissäännökselle.²⁹⁴ Mitä suurempi osuus markkinoista on keskittynyt muutamalle yritykselle, sitä suurempi on markkinoiden keskittymisaste. Näissä tilanteissa haitallisen markkinavoiman kasvu on todennäköisempää kuin keskittymättömillä markkinoilla. Liiallinen markkinoiden keskittymi-

²⁹¹ Posner – Landes 1980 s.945.

²⁹² Posner – Landes 1980 s.947.

²⁹³ Kaplow 2011 s.8-12.

²⁹⁴ HE 197/2012 s.18.

nen yleensä haittaa kilpailua. Yritysten mahdollisuudet kartellisoitumiseen tai määrään aseman vahvistamiseen kasvavat ja riittävän kilpailun puuttuminen voi johtaa tehotomuuden lisääntymiseen. Suurten yritysten mittakaavaedut tai julkisen vallan toimenpiteet saattavat nostaa keskittyneiden markkinoiden alalle pääsyn esteitä entisestään.²⁹⁵ Arvioitaessa markkinoiden keskittymistä kiinnitetään huomio markkinoilla olevien yritysten määrään ja sillä perusteella lasketaan markkinoiden keskittymisaste. Keskittymisaste markkinoilla ei itsessään kuitenkaan ole suorassa suhteessa markkinavoimaan.²⁹⁶

Usein keskittymistä mitataan Hirschman-Hefindahl indeksillä. HHI-Indeksin avulla tarkastellaan markkinoilla toimivien yritysten kokoa suhteessa markkinoiden kokoon. HHI-indeksi saadaan korottamalla kunkin markkinoilla toimivan yrityksen markkinaosuus toiseen potenssiin ja laskemalla ne yhteen. Näin ollen indeksi vaihtelee 10 000 ja nollan välillä. Jos arvo on 0 tarkoittaa se, että markkinoilla on monia pieniä yrityksiä, kun taas 10 000 arvo on puhtaalla monopolilla. Indeksin antama arvo on suuri jos yhdellä tai muutamalla harvalla yrityksellä on selkeästi muita suuremmat markkinaosuudet. Yleensä arvo, joka on enemmän kuin 2000 osoittaa korkeaa keskittymisastetta.²⁹⁷

Suomen päivittäistavarakaupan markkinoiden HHI indeksi lasketaan seuraavasti:

$$45,7^2 + 34^2 + 7^2 + 6,6^2 + 6,8^2 = 3\,383,29$$

Eli S-ryhmän markkinaosuus korotetaan toiseen potenssiin ja näin tehdään myös K-ryhmän, Lidlin, Suomen lähikaupan ja pienten toimijoiden yhteenlasketulle markkinaosuudelle. Tämän jälkeen ne summataan yhteen ja tulokseksi saadaan markkinoiden HHI-indeksi.

Keskittymisen asteella ja markkinavoiman keskimääräisellä asteella on suora yhteys.²⁹⁸ Euroopan Unionin yrityskauppavalvonnassa käytetään HHI-indeksiä. Yrityskauppavalvonnassa mikäli sulautuman jälkeinen HHI on alle 1000 on epätodennäköistä, että markkinoilla syntyisi kilpailuhaittoja. Samoin mikäli sulautuman jälkeinen HHI on 1000 - 2000 ja erotus sulautumaa edeltävään aikaan alle 250, kilpailulle haitalliset vai-

²⁹⁵ Kuoppamäki 2003 ss.1056-1057.

²⁹⁶ Van Den Bergh – Camecasca 2006 s.115.

²⁹⁷ Van Den Bergh – Camecasca 2006 s.353.

²⁹⁸ Motta 2004 s.123.

kutukset ovat epätodennäköisiä paitsi poikkeuksellisissa olosuhteissa.²⁹⁹ Toisin kuin yrityskauppavalvonnassa, määräävän markkina-aseman arvioinnissa HHI indeksin käyttö ei ole vakiintunut osaksi kilpailuoikeudellista arviointia.

Keskittymistä voidaan arvioida myös keskittymisindeksillä. Keskittymisindeksi mittaa suurimpien markkinoilla olevien yritysten yhteistä markkinaosuutta. Usein käytetään neljän suurimman yrityksen keskittymissuhdetta, mutta indeksi voidaan laskea myös muulla määrällä. Laskemalla suurimpien yritysten markkinaosuudet saadaan tietää niiden suhteellinen osuus koko markkinoista. Mitä suurempi arvo on, sitä keskittyneemmät markkinat ovat ja näin ollen merkittävän markkinavoiman olemassaolo on todennäköisempää.

Jos esimerkiksi Suomen päivittäistavarakaupan markkinoita arvioidaan neljän suurimman yrityksen keskittymissuhteella, saadaan tulokseksi $45,7 + 34 + 7 + 6,6 = 93,3$.³⁰⁰ Kahden suurimman päivittäistavarakaupan toimijan keskittymisindeksi on $45,7 + 34 = 79,7$. Keskittymisindeksin perusteella Suomen päivittäistavarakaupan markkinat ovat hyvin keskittyneet ja oligopolistiset.

Vaikka keskittyminen saattaa aiheuttaa monia kilpailuongelmia, ei keskittyneiden markkinoiden ja määräävän markkina-aseman väärinkäytön välillä ole suoraa yhteyttä. Keskittyminen ei tarkoita, että kilpailupaine markkinoilla olisi automaattisesti vähentynyt tai että yrityksillä olisi merkittävää markkinavoimaa, jolla ne pystyisivät haittaamaan kilpailua. Keskittyminen voi olla kilpailuprosessin luonnollinen tulos, kun tehottomat yritykset karsiutuvat markkinoilta. Keskittyneillä markkinoilla kilpailu yritysten välillä voi olla hyvinkin aggressiivista. Markkinat voivat olla keskittyneet muutamalle lähes yhtä suurelle yritykselle, joista yksikään ei ole määräävässä asemassa. Keskittymistä arvioitaessa markkinamäärittelyn tärkeys korostuu. Jos markkinat ovat määriteltä virheellisesti, keskittymisindeksi antaa virheellisen kuvan markkinoiden rakenteesta.³⁰¹

²⁹⁹ EC 2010.

³⁰⁰ Nielsen 2014.

³⁰¹ McDowell – Thom – Frank – Bernanke 2009 ss.260-261.

6 JOHTOPÄÄTÖKSET

Kilpailuoikeus pyrkii suojelemaan kilpailua kokonaisuutena painottaen kuluttajan hyvinvointia. Liiallinen markkinavoima voi luoda markkinoille kilpailuongelmia, joihin kilpailuoikeuden keinoilla pyritään puuttumaan. Yksi näistä markkinavoiman tilanteista on määräävän markkina-aseman väärinkäyttö, jonka arviointi on pitkälti muotoutunut oikeuskäytännössä. Markkinaosuus on perinteisesti ollut yksi merkittävimmistä määräävää asemaa osoittavista seikoista, joskin sen merkitys arvioinnissa on viime aikoina vähentynyt. Uudessa päivittäistavarakauppaa koskevassa säännöksessä määräävän aseman arviointi perustetaan yksinomaan markkinaosuudelle. Tämän voidaan katsoa olevan ristiriidassa niin markkinavoiman käsitteen, määräävän aseman edellytysten kuin taloustieteenkin kanssa.

Oikeuskäytännössä määräävän markkina-aseman arvioinnin linjat ovat suhteellisen vakiintuneet. Markkinavoiman epäsuoran mittaamisen katsotaan olevan luotettavin markkinavoiman mittari, mutta arvioinnissa voidaan hyödyntää myös taloustieteessä kehitettyjen suorien mittaamistapojen ekonometrisiä malleja. Määräävän markkina-aseman edellytyksenä on yrityksen mahdollisuus ohjata hyödykkeen hintatasoa ja toimia markkinoilla riippumattomasti suhteessa muihin markkinatoimijoihin. Pelkästään markkinaosuus ei kuitenkaan kerro yrityksen mahdollisuudesta nostaa hintaa kilpailullista tasoa korkeammaksi tai sen kyvystä haitata kilpailijoiden toimintaa markkinoilla. Markkinaosuuden ei katsota yksinään kertovan riittävästi yrityksen markkinavoimasta. Yrityksen korkea markkinaosuus ei aina tarkoita että yritys olisi määräävässä asemassa. Toisaalta, mikäli kilpailijat ovat selkeästi pienempiä, voi suhteellisen pienelläkin markkinaosuudella hallita markkinoita. Markkinaosuus ei näin ollen suoraan ilmaise yrityksen markkinavoiman astetta, eikä se yksinään ole riittävän luotettava mittari määräävän aseman arvioinnille. Se ei kerro riittävästi markkinoiden rakenteesta eikä yrityksen alttiudesta kilpailijoiden markkinoille tuloon tai laajentumiseen. Joissain tapauksissa yritys voi olla määräävässä asemassa 40 prosentin markkinaosuudella, kun toisessa tapauksessa edes 60 prosentin markkinaosuus ei ole riittävä määräävän aseman toteamiseen.

Määräävän markkina-aseman arvioinnin lähtökohtana on merkityksellisten markkinoiden määrittely, jonka jälkeen arvioidaan yrityksen markkinavoimaa noilla markkinoilla. Markkinat määritellään tapauskohtaisesti kulloisenkin tilanteen vaatimalla tavalla. Markkinamäärittelyllä on erityisen tärkeä merkitys silloin, kun tarkastellaan markkinaosuuksia määräävän aseman edellytyksenä. Väärä markkinamäärittely voi johtaa virheelliseen johtopäätökseen määräävän aseman olemassaolosta. Päivittäistavarakauppaa

koskevat merkitykselliset markkinat on poikkeuksellisesti määritelty hallituksen esityksessä valmiiksi, eikä tapauskohtaista markkinamäärittelyä tehdä. Markkinaosuuden kannalta relevantit markkinat voidaan määrittää tarkoitushakuisesti niin, että markkinaosuus muodostuu riittävän suureksi ja määräävä asema voidaan todeta.

Merkityksellisten markkinoiden määrittämisen jälkeen arvioidaan markkinavoimaa erityisesti markkinaosuuden ja alalle pääsyn esteiden kautta. Korkea markkinaosuus on vahvin indisio huomattavasta markkinavoimasta ja oikeuskäytännössä yli 50 prosentin markkinaosuus on yleensä luonut oletettaman määräävästä asemasta. Merkitystä on myös markkinaosuuden ajallisella kestolla ja sen suhteella kilpailijoiden markkinaosuuksiin. Määräävässä asemassa olevan yrityksen on oltava markkinaosuudeltaan markkinoiden suurin yritys. Yritys ei kuitenkaan voi olla itsenäisessä määräävässä asemassa mikäli sen kilpailijalla on lähes samansuuruinen markkinaosuus. Päivittäistavarakaupassa tilanne on kuitenkin toinen. 30 prosentin markkinaosuusrajan ylittävä yritys on automaattisesti määräävässä asemassa. Teoriassa jopa kolme yritystä voisi olla itsenäisessä määräävässä asemassa samanaikaisesti samoilla markkinoilla. Tämä on vahvasti ristiriidassa merkittävän markkinavoiman ja määräävän markkina-aseman käsitteiden kanssa. Merkittävää markkinavoimaa on yrityksellä, joka voi kannattavasti nostaa hintojaan markkinoilla yli kilpailullisen tason. Määräävä markkina-asema edellyttää riippumattomuutta muista markkinatoimijoista. Jos määräävässä asemassa on samanaikaisesti kaksi tai kolmekin yritystä, ei ole mahdollista, että nämä yrityksen voisivat toimia riippumattomasti markkinoilla tai nostaa itsenäisesti hintoja yli kilpailullisen tason.

Päivittäistavarakaupan markkinaosuusraja on laskettu poikkeuksellisen alas. 30 prosentin markkinaosuus ei osoita merkittävää markkinavoimaa oikeustieteessä eikä taloustieteessä. Oikeuskäytännössä alin markkinaosuus, jolla määräävä asema on todettu, on ollut 39,7 prosenttia eli lähes kymmenen prosenttia enemmän kuin uudessa päivittäistavarakaupan säännöksessä. Siinäkin tapauksessa merkitystä annettiin hyvin paljon muille markkinavoimaa vahvistaville tekijöille. Pelkkä markkinaosuus ei todennäköisesti olisi johtanut määräävän aseman toteamiseen. Ainoastaan markkinaosuuteen määräävän aseman toteaminen on oikeuskäytännössä nojannut tapauksissa, joissa yrityksen markkinaosuus on ollut merkittävä ja selkeästi suurempi kuin kilpailijoiden. Yleensä yli 70 prosentin markkinaosuutta on pidetty niin vahvana näyttönä määräävästä asemasta, että muiden tekijöiden merkitys on vähentynyt.

Markkinaosuusrajoja käytetään monissa maissa joko osoittamaan määräävää asemaa tai kumoamaan se. Yleensä markkinaosuusraja on oletus, joka voidaan kumota vastanäytöllä. Tarkkaa, kumoamatonta markkinaosuusrajaa ei ole käytössä missään muussa EU-maassa. Päivittäistavarakaupassa tarkka raja on suoraan laissa eli yritys ei voi edes vastanäytöllä osoittaa ettei se ole määräävässä mikäli markkinaosuusraja ylittyy. Keinotekoinen markkinaosuusraja ei ota arvioinnissa huomioon yritysten todellista markkinavoiman astetta, eikä esimerkiksi sitä, rajoittavatko yritykset mahdollisesti toistensa markkinavoimaa. Päivittäistavarakaupan markkinoilla on kaksi suurta toimijaa ja onkin todennäköistä, että yritykset ainakin jossain määrin rajoittavat toistensa markkinavoimaa. Kahdella suurimmalla toimijalla on markkinavoimaa ostajavoiman muodossa hankintamarkkinoilla, mutta ne eivät voi toimia täysin itsenäisesti ja riippumattomasti hyödykemarkkinoilla.

Suomessa päivittäistavarakaupan markkinat ovat keskittyneet kahdelle suurelle toimijalle ja sen on katsottu olevan yksi syy siihen, miksi päivittäistavarakaupan markkinat eivät toimi kunnolla. Keskittymiskehitys on yleensä haitallista kilpailulle. Keskittymisellä ja määräävällä asemalla ei kuitenkaan ole suoraa suhdetta toisiinsa. Keskittyminen voi olla kilpailuprosessin luonnollinen tulos ja markkinat voivat olla keskittyneet muutamalla lähes yhtä suurelle yritykselle, joista yksikään ei ole määräävässä asemassa. Tällaisilla markkinoilla kilpailu voi olla hyvinkin toimivaa keskittymisestä huolimatta.

Yhtenä päivittäistavarakaupan kilpailuongelmana on ostajavoiman käyttöön liittyvät menettelyt päivittäistavarakaupan ja tavarantoimittajien välillä hankintamarkkinoilla. Myös hintojen nousu vähittäismarkkinoilla ja kuluttajien valinnanmahdollisuuksien kapeneminen on yhdistetty päivittäistavarakaupan suurimpien toimijoiden liian vahvaan asemaan. Määräävän markkina-aseman sääntelyllä voidaan kuitenkin hyvin rajallisesti puuttua näihin ongelmiin. Ensinäkin haitallisiin vaikutuksiin voidaan puuttua vain mikäli ne aiheuttavat kuluttajille haittaa. Tällöin merkittävä osa ostajavoiman väärinkäytöksi katsottavista menettelyistä jää soveltamisalan ulkopuolelle. Ostajavoiman ongelmista suurin osa liittyy kohtuuttomiin sopimusehtoihin ja yritysten kahdenvälisiin suhteisiin. Toisaalta KKV:n esiin ottamat ongelmat kaupan menekkitiedoissa, kanta-asiakasjärjestelmissä ja kauppojen omissa tuotemerkeissä voivat kuulua määräävän aseman soveltamisalaan ja niihin voidaan mahdollisesti uudella säännöksellä puuttua.

Eräissä muissa jäsenmaissa ostajavoiman väärinkäyttöön on puututtu taloudellisen riippuvuuden väärinkäytön kiellolla. Kiellolla pyritään puuttumaan sellaisiin päivittäistava-

rakaupan ja tavarantoimittajien välisiin sopimuksiin ja käytäntöihin, joita voidaan pitää sopimattomina, mutta jotka eivät kuulu kilpailuoikeuden soveltamisalaan. Riippuvuudella voi olla myös merkitystä määräävän aseman arvioinnissa. Pelkästään riippuvuuteen ei määräävää asemaa voida kuitenkaan perustaa, vaan sillä voi olla ainoastaan täydentävää merkitystä arvioinnissa.

Kilpailuoikeudellisessa arvioinnissa painotus on siirtynyt vähitellen formaalisesta arvioinnista kokonaisvaltaiseen taloustieteelliseen analyysiin. Samalla tarkkojen markkinaosuusrajojen käyttämiseen on alettu suhtautumaan kriittisesti, koska pelkkään markkinaosuuteen nojaava arviointi voi johtaa täysin väärin johtopäätösten tekemiseen määräävän markkina-aseman olemassaolosta. Uusi päivittäistavarakauppaa koskeva markkinaosuusraja onkin ikään kuin askel menneeseen, formalistiseen arviointiin, jossa markkinavoima arvioitiin pitkälti suoraan markkinaosuuden perusteella. Nykyisin on jo jokseenkin kiistatonta, etteivät markkinaosuus ja markkinavoima ole suorassa yhteydessä toisiinsa. Vaikuttaa siltä, että EU:ssa markkinaosuuksien merkitys ja oletamat ovat menettämässä merkitystään kokonaisvaltaisen taloustieteellisen arvioinnin tieltä.

Markkinaosuuden lisäksi alalle pääsyn esteillä on myös suuri merkitys arvioitaessa markkinavoimaa. Mikäli alalle pääsyn esteet ovat matalat, yrityksen markkinavoima on aina rajattua. Korkeat alalle pääsyn esteet sen sijaan keskittävät markkinoita ja vaikuttavat kilpailuun sitä vähentävästi. Päivittäistavarakaupassa alalle pääsyn esteet ovat korkeat, mutta silti pelkkään markkinaosuuteen nojaaminen on ongelmallista. Määräävän markkina-aseman sääntelyä tulisi soveltaa ainoastaan sellaisiin yrityksiin, jotka ovat tosiasiallisesti määräävässä asemassa markkinoilla. Päivittäistavarakauppaa koskeva 30 prosentin dominanssikynnys tuntuu keinotekoiselta, eikä se vastaa kilpailuoikeuden periaatteita määräävän markkina-aseman edellytyksistä.

Lernerin indeksin avulla voidaan mitata yrityksen markkinavoimaa silloin, kun tarvittava informaatio rajakustannuksista ja hinnasta on saatavilla. Nykyisin taloustieteessä markkinavoiman mittaamisessa merkitystä on erityisesti kysyntäjoustolla. Yrityksen mahdollisuus käyttää markkinavoimaa riippuu hyvin paljon sen omasta kysyntäjoustosta. Kysyntäjouston ollessa tiedossa, yrityksen markkinavoima voidaan laskea ilman markkinaosuuden arviointia. Markkinavoiman suorassa mittaamisessa markkinaosuudelle annetaan hyvin vähän merkitystä ja taloustieteessä markkinavoiman arvioiminen pelkästään markkinaosuuden perusteella on mahdotonta. Kysyntäjoustosta riippuen esimerkiksi yritysten markkinavoiman taso voi olla sama vaikka toisen markkinaosuus

on 8 prosenttia ja toisen 80 prosenttia. Markkinaosuus ja markkinavoiman välinen suhde ei ole suoraan lineaarinen niin, että markkinaosuuden kasvaessa yrityksen markkina-voima kasvaa samassa suhteessa. Myöskään keskittymisindekseillä ja määräävällä asemalla ei ole suoraa yhteyttä, vaikka uutta säännöstä pitkälti perustellaan alan keskittyneellä markkinarakenteella.

Markkinaosuuden painottamisen sijasta nykyisin korostetaan kattavan markkina-analyysin tärkeyttä. Kattavan taloudellisen arvioinnin merkitys perustuu siihen, että sen avulla vältetään kilpailulle hyödyllisen toiminnan kieltäminen. Mikäli määräävän aseman arviointi perustuu kokonaisarvioon kussakin yksittäistapauksessa erikseen, on lopputuloksen oikeellisuus todennäköisempää kuin tapauksissa, joissa se perustetaan ainoastaan markkinaosuuteen. Markkinaosuuteen perustuva määräävän aseman arviointi voi johtaa sellaisen toiminnan kieltämiseen, joka ei ole kilpailulle haitallista. Jos markkinaosuusraja on alhainen voi se myös johtaa tilanteeseen, jossa yritykset pidättäytyvät toiminnasta, joka tosiasiallisesti on kilpailulle hyödyllistä. Tällöin haittaa syntyy yritykselle ja myös kuluttajille, kun hyödyllinen toiminta kielletään. Toisaalta jos markkinaosuusraja nostetaan liian korkealle, jää haitallinen toiminta väärinkäyttövalvonnan ulkopuolelle.

Päivittäistavarakaupan kilpailuongelmiin voidaan loppujen lopuksi hyvin rajoitetusti puuttua määräävän aseman sääntelyllä. Suurimmat ongelmat liittyvät ostajavoimaan ja kaupan keskittymiskehitykseen. Kilpailun lisääminen päivittäistavarakaupan vähittäismyyntimarkkinoilla olisi suorin keino vaikuttaa päivittäistavarakaupan kilpailun lisäämiseen. Kun kilpailu vähittäiskaupassa on toimivaa, johtaa se myös ostajavoiman aiheuttamien ongelmien vähenemiseen.